



**REVELACION DE IMÁGENES Y GRABACIONES
ÍNTIMAS OBTENIDAS CON CONSENTIMIENTO
(ART. 197.7 CP)**

**Tesis Doctoral que presenta la Doctoranda
DANIELA SILVIA DUPUY
para optar al Grado de Doctor en Derecho
por la Universidad de Sevilla,
bajo la dirección académica del
Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Miguel POLAINO NAVARRETE**

**Facultad de Derecho
Curso académico 2018/2019**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO CRIMINOLÓGICO	
I.- Introducción	35
II.- Un nuevo lugar: el ciberespacio	53
III.- La indebida revelación de imágenes y grabaciones íntimas obtenidas con consentimiento, como una posible forma de violencia de género	65
IV.- Violencia de género y vulneración de derechos humanos	90
V.- La difusión de imágenes o videos íntimos de menores	95
CAPÍTULO II. CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL	
I.- Delimitación	101
II.- Sociedad de riesgo y necesidad de intervención del Derecho penal: El riesgo en la Sociedad contemporánea	114
III.- Medidas para prevenir, detener y castigar la violencia contra la mujer	121
CAPÍTULO III. PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO	
I.- La difusión de imágenes no autorizadas en el Derecho comparado	129
A) Estados Unidos	129
B) Reino Unido	135
C) Nueva Zelanda	139
D) Canadá	140
E) Chile	141
F) Brasil	142
G) Alemania	143
H) España	144
I) Argentina	153
II.- Sistemática legal: la redacción anterior y la vigente Código penal español	161
III.- Reforma introducida a raíz del “ <i>caso Olvido Hormigos</i> ”	164
CAPÍTULO IV. ACCIÓN	
I.- Comportamiento típico	173
II.- El concepto de acción en la actual dogmática penal	177
III.- Funciones del concepto de acción	183
IV.- Delimitación típica de la acción	187
V.- Formas de la acción	192
VI.- Causalidad	200
VII.- Sujetos del delito	207
A) Sujeto activo	207
B) Sujeto pasivo	209
CAPÍTULO V. TIPICIDAD	
I.- Estructura típica de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos	213
II.- Imputación objetiva: teoría	214
III.- Principios de imputación	218
A) Principio del riesgo permitido	218
B) Principio de autopuesta en peligro, o de actuación a riesgo propio o de imputación a la víctima	220

C)	Principio de confianza	221
D)	Principio de prohibición de regreso	223
IV.-	Elementos típicos	224
A)	Tipo y tipicidad	224
B)	Objeto material	227
C)	Interrelación sujeto activo y sujeto pasivo	229
D)	Sin autorización de la persona afectada	233
E)	Domicilio o lugar fuera del alcance de terceros	236
F)	Carácter ofensivo	238
G)	Elementos subjetivos	239
H)	Elementos de cualificación típica	240
CAPITULO VI. ANTIJURICIDAD		
I.-	Bien jurídico protegido	245
II.-	Derecho a la intimidad	256
III.-	Su reconocimiento constitucional	260
IV.-	Derecho a la imagen	272
V.-	Estructura del injusto típico	275
VI.-	Elementos subjetivos del injusto	276
CAPÍTULO VII. CULPABILIDAD		
I.-	La imputación subjetiva	281
II.-	Imputabilidad	285
III.-	Libre albedrío como presupuesto de la culpabilidad	288
IV.-	Reproche normativo de culpabilidad	290
CAPÍTULO VIII. PUNIBILIDAD		
I.-	Fundamentos político-criminales de la incriminación	297
II.-	Delito perseguible a instancia de parte	310
CAPÍTULO IX. <i>ITER CRIMINIS</i>		
I.-	Fase interna del delito	327
II.-	Actos preparatorios	328
III.-	Tentativa	329
IV.-	Consumación	331
CAPÍTULO X. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN		
I.-	Sistema legal	339
II.-	Intervención delictiva	340
CAPÍTULO XI. CONCURSOS DE DELITOS Y DE LEYES PENALES		
I.-	Concurso de delitos	361
II.-	Concurso de leyes penales	366
CAPÍTULO XII. TIPOS AGRAVADOS		
I.-	Relación jurídico-familiar	371
II.-	Minoría de edad o discapacidad de la víctima	378
III.-	<i>Sexting</i> : perspectiva criminológica	382
IV.-	Consentimiento	385
V.-	Efectos del riesgo típico	394
A)	Riesgo a la privacidad	394
B)	Riesgo de ciberacosos	395
C)	Exigencia de responsabilidad penal	396
D)	Riesgos psicológicos y sociales	407
VI.-	Prevención	411

CAPÍTULO XIII. PROTECCION DE DATOS	
I.- Respuestas desde la Ley de protección de datos y la Ley de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico	423
II.- Responsabilidad penal de los proveedores de servicio de Internet	425
III.- Perspectiva comparada	441
IV.- La nueva ley <i>Cloud Act</i> : su impacto en investigaciones en entornos digitales	443
V.- Planteamiento del problema	444
VI.- Acuerdos de Asistencia Legal Mutua (MLAT)	450
VII.- Contexto legal en Estados Unidos: Ley de privacidad de comunicaciones electrónicas y Ley de comunicaciones almacenadas	454
VIII.- El caso <i>Microsoft/Ireland</i> como precedente de la <i>Cloud Act</i>	458
IX.- Una respuesta legislativa: la <i>Cloud Act</i>	467
X.- Críticas y respaldos a la <i>Cloud Act</i>	474
XI.- Síntesis	477
CONCLUSIONES	481
BIBLIOGRAFIA	503

INTRODUCCIÓN

De conformidad con el vigente ordenamiento penal español, será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona¹.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa².

El avance de las Tecnologías de la Información y la Comunicación incide en todas las facetas de nuestra vida cotidiana. Hoy día, utilizamos Internet para comunicarnos y vincularnos con amigos y conocidos, para

¹ Título X del Libro II del Código Penal español: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, Capítulo I: Delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Art. 197.7, párrafo primero, del Código Penal, redactado conforme al texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

² Art. 197.7, párrafo segundo, del Código Penal, redactado conforme al texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

efectuar transacciones bancarias, para adquirir bienes de consumo, para contratar y reservar hoteles, pasajes de aviones, etc.

Podríamos decir que nuestro día a día se encuentra directamente influido por los beneficios y facilidades que brinda Internet a los particulares y sociedades. Así, los bancos y entidades financieras llevan a cabo sus innumerables transacciones económicas a través de Internet.

Sin embargo, la evolución técnica también ha implicado un impacto negativo, que se revela en el ámbito de la delincuencia. El auge de las nuevas tecnologías, en sus diferentes manifestaciones (*Twitter, Whatsapp, Telegram, Facebook, Instagram, Snapchat, e-mail*, entre otras redes sociales), y la globalización han generado un nuevo espacio o ámbito delictivo, inexistente hace algunos años, y escandalosamente creciente en la actualidad, así como también han producido una importante brecha generacional que nos dificulta ejercer un control fehaciente con las herramientas limitadas que a día de hoy nos proporciona el Derecho.

El lugar que ocupa hoy la fotografía y el video en Internet, el amplio uso de *blogs*, mensajería instantánea y redes sociales, la práctica de sacarse “*selfies*” y de subirlos online con el solo *click* de un teléfono móvil, se han expandido hasta límites inimaginables. Cada imagen subida puede ser encontrada con un buscador de imágenes en segundos.

Los buscadores y las redes sociales indexan estos contenidos y forman bibliotecas casi infinitas de datos personales *on line* accesibles en

forma gratuita. Y ello sin que inicialmente muchas de estas fotos y videos estén destinadas a ser difundidas, pero terminando finalmente en Internet en contra de la voluntad del titular de la imagen o sin el consentimiento del mismo.

Las redes sociales *on line*, como *Facebook*, *Tuenti*, *LinkedIn*, *Instagram*, *Google*, etcétera, son servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que se plasman datos personales e información privada disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado³.

Se distinguen dos grupos de redes sociales: por un lado, las de ocio, y por otro, las profesionales -como *LinkedIn*-, incluyéndose en el primero de los grupos las plataformas de intercambio de información, las redes sociales basadas en perfiles -*Facebook* y *Tuenti*-, que constantemente ofrecen nuevas funcionalidades actualizadas con la finalidad de que nuevos usuarios se unan a las mismas.

Hoy en día es muy común que las personas interactúen en una red social y que posean un perfil en ella; o bien que dispongan de aplicaciones en los teléfonos móviles del tipo *WhatsApp* o *Telegram*; permitiendo el reemplazo del encuentro o la conversación de voz entre las personas por el

³ Disponible en www.inteco.es

envío de tan sólo un mensaje que puede llegar hasta varios receptores a la vez, ahorrando tiempo y dinero.

La interacción entre las personas que permite Internet es infinita. En las redes sociales no sólo aceptamos “como amigos” a nuestros familiares y amigos íntimos, sino también, en ocasiones, a personas que desconocemos. Parecería que cuantos más amigos se tiene en una red social más sociable o popular se es. Sin embargo, debemos tener presente los peligros que el incontrolado uso de tales técnicas acarrea, pues una simple foto publicada en forma masiva podría llegar a un número indefinido de personas generando perjuicios a quien aparece en ella.

Se ha considerado que las redes sociales se basan en lo que se denomina “teoría de los seis grados de separación”⁴, que Duncan WATTS expone en los siguientes términos: “cualquier individuo puede estar conectado a cualquier otra persona en el planeta a través de una cadena de conocidos con no más de cinco intermediarios -con un total de seis conexiones-. La cifra de conocidos aumenta a medida que lo hacen los eslabones de la cadena. Los individuos de primer grado serán los más próximos y, según se avanza en grado de separación, disminuye la relación y la confianza”⁵.

⁴ WATTS, Duncan, *Six Degrees. The science of a connected age*, Vintage Books, Amor, London, 2003.

⁵ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, *Aspectos jurídico-privados de la tecnología web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad. La protección jurídica de la intimidad*,

La sociedad no es consciente de los peligros que acarrea Internet y las redes sociales y, sin perjuicio de reconocer sus ventajas y bondades, también es necesario resaltar sus peligros, habiendo de informar y educar a la comunidad sobre su uso prudente y ordenado.

La expansión de las redes sociales es cada vez mayor, toda vez que formar parte de ellas resulta una práctica fácil, gratis e inmediata. Internet es una excelente vidriera hacia el mundo. Todo lo que se hace en la red queda registrado: cada sitio visitado, cada archivo descargado, cada búsqueda realizada, cada foto publicada en las redes sociales, en blogs, así como también la información que otras personas publican sobre nosotros. Todo ello genera riesgos: un nuevo ámbito donde esa información puede ser utilizada por otros con fines delictivos.

La ciberdelincuencia genera una preocupación creciente a nivel mundial, debido al avance de la sofisticación de las técnicas utilizadas y la disponibilidad de modernas herramientas, facilitando la profesionalización de delincuentes que perpetran delitos a través de Internet.

Por ello, el ámbito de vulnerabilidad a la que se encuentra sometida la sociedad -en aspectos de privacidad, intimidad, integridad sexual, honor,

Dirección: Javier Boix Reig, Coordinación: Ángeles Jareño Leal, Iustel, Madrid, 2010, p. 340, citado por Patricia ESCRIBANO TORTAJADA, *Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en Internet y las redes sociales*, en Antonio FAYOS GARDÓ, *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson S.L., Madrid, 2014, p. 71.

patrimonio, etc.- exige una nueva cultura y educación de la sociedad, con el objetivo de colaborar en la prevención de dichos ataques.

En la dogmática penal actual se incluyen en el concepto de delito informático, tanto las conductas tradicionales que se llevan a cabo a través de Internet y que serán objeto de recolección y preservación de evidencia digital, como los delitos informáticos propiamente dichos, en que se atacan los datos o sistemas informáticos a través de Internet, se causan perjuicios por denegación de servicio, o se dañan dispositivos de almacenamiento informático, entre otras modalidades de conducta.

En sentido amplio, podemos definir a la criminalidad informática como las actividades delictivas que se encuentran vinculadas al uso de las Tecnologías de Información y Comunicación, bien porque son el objeto mismo de la acción ilícita o porque el delincuente se sirve de ellas en la ejecución de la acción típica⁶.

Se discute si cada vez que se descubren nuevas formas delictivas a través de Internet se abre la posibilidad de tener que crear un nuevo tipo penal, o bien de adaptar los ya existentes. Resulta indudable que la rápida evolución de los sistemas informáticos y la facilidad de su manipulación obligan a una labor de constante adaptación a nuevas formas comisivas de delito, a la que el Derecho penal tradicional no está habituado.

⁶ PALAZZI, Pablo A., *Los delitos Informáticos en el Código penal. Análisis de la ley 26.388*, 3ª. edición, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, pp. 6 y ss.

El fenómeno de la delincuencia informática⁷ nos obliga a adaptar tradicionales y muy consolidados conceptos, que eran objeto de una arraigada interpretación, a los nuevos rasgos de la realidad social y tecnológica, circunstancia que significó un importante reto para el legislador de 1995, con un desafío que aún persiste también para el intérprete de la norma penal.

Hoy puede cuestionarse si el Derecho penal es el instrumento adecuado para tutelar todas y cada una de las relaciones anómalas que se producen en lo que los sociólogos llaman el “tercer entorno”. Es conocida, desde hace muchos años, la polémica sobre la necesidad o no de intervenir jurídicamente en la red, subsistiendo en la actualidad en razón de la aparición de nuevas modalidades que se cometen a través de Internet. La tensión se produce entre la protección que dispensa el Derecho penal y el ejercicio de determinados derechos individuales, que según sugieren algunos deben desarrollarse en este tercer entorno sin la intervención del Estado.

⁷ Resulta incorrecto apreciar en el Código penal español la configuración de un genuino delito informático, siendo preferible la expresión de delincuencia informática para incluir todos aquellos comportamientos que se sirven del sistema informático, bien como medio para lesionar el bien jurídico, bien como objeto directamente afectado por la conducta delictiva.

Se ha resaltado⁸ la actual existencia de dos polos que generan una fuerte tensión en el ámbito del Derecho penal: por un lado, el fenómeno “expansionista” que pretende una incesante ampliación de la esfera de intervención del Derecho penal⁹, en confrontación, por otro lado, con el principio de *ultima ratio* e intervención mínima.

La corriente del Derecho penal mínimo tiene el acierto de proponer una intervención limitada y racional del sistema punitivo, pero sus propuestas no pasan de ser, en muchos aspectos, una nómina de deseos y buenas intenciones sin mayor concreción: es una aspiración idealista, una utopía más que una realidad. Los rumbos de la Política criminal son otros: conducen, paradójicamente, a posturas neocriminalizadoras, y por ende, a la expansión del Derecho penal. El Derecho penal es un ordenamiento regulador de los focos de peligro¹⁰.

Es notorio que en las modernas sociedades nuevos fenómenos, como la piratería informática, la difusión de pornografía a través de Internet o la criminalidad organizada, lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de la comunidad o del individuo¹¹.

⁸ VIZCAYA ÁLVAREZ, Maite, *Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red*. Internet y Derecho penal, “Cuadernos de Derecho Judicial”, 2001, pp. 258 y ss.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades post industriales*, Edit. Civitas, Madrid, 1999, pp. 21 y ss.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, l.u.c.

¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2017, p. 67.

Por eso, en el marco del movimiento neo criminalizador, se ha propuesto¹² una actualización del Derecho penal que sea acorde a los cambios sociales, y conforme a la cual se ha de responder jurídicamente a los problemas de modernización con una actualización del Derecho mediante un derecho de intervención que suele cifrarse en la incriminación de nuevos delitos y en la agravación de las penas.

Sin embargo, según advierte POLAINO NAVARRETE¹³, no todo cambio social ha de provocar inmediatamente cambio de la legislación penal: el Derecho penal no puede actuar a tenor del impulso emocional de las reivindicaciones sociales, pues, de lo contrario, la Política criminal corre el peligro de resultar insatisfactoria, insuficiente, ineficaz, regresiva o contraproducente.

Por ello, el legislador penal ha de ser extremadamente cauto en su tarea incriminadora de nuevas figuras delictivas. Un intervencionismo punitivo excesivo puede llegar a acarrear más dificultades de las que pretende resolver, dando lugar a eventuales errores legislativos.

En la actualidad aparece una ampliación del ámbito de protección a través de la creación de nuevas tipicidades que pretenden tutelar nuevos bienes jurídicos que han recibido la denominación de “*difusos*” o de bienes

¹² HASSEMER, Winfried, *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*, trad. de Elena LARRAURI, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, fasc. 1, 1992, pp. 235 y ss.

¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 67 y s.

jurídicos supra-individuales; lo que produce leyes penales cada vez más ambiguas en cuanto a la descripción de los tipos, lo que a su vez conlleva una falta de claridad en cuanto al ámbito de qué es lo realmente típico.

Ello implica que se está atribuyendo al Derecho penal funciones pedagógicas, que van más allá de su tradicional carácter preventivo general, casos en los que la amenaza de sanción penal se utiliza como arma con pretensiones más educativas que preventivas para quienes cometan la conducta delictiva¹⁴.

En la década de los años 80 se propugnó la necesidad de un retorno a lo que se ha llamado “Derecho penal mínimo”¹⁵. La idea de quienes mantienen la necesidad del Derecho penal mínimo estriba en la reivindicación de que éste no puede tener un ámbito tan amplio, pretendiendo una exigencia más estricta de carácter subsidiario del Derecho penal¹⁶.

El movimiento minimalista cuestiona la legitimidad del Derecho penal, como medio idóneo de solución de conflictos sociales; partiendo de la base que el Derecho penal es violencia, y la violencia difícilmente se

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., p. 45, afirma que “la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar”.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho penal mínimo*, en “Poder y Control”, N° 0, 1986, pp. 25 y ss.

¹⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización*, “RCSP”, www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/133118/18309.

pueda borrar con violencia, ergo, la legitimidad del Derecho penal es, cuanto menos, cuestionable¹⁷.

Sin embargo, la corriente del Derecho penal mínimo no puede dejar de reconocer la necesidad de legitimación del Derecho penal¹⁸, como ordenamiento preventivo de costes individuales y sociales, llegando a admitir -contra su postura inicial- que, si éste no existiese, se produciría un grave retroceso que significaría la vuelta a la venganza privada, esto es, a la ley del más fuerte o a la guerra de todos contra todos; reconociendo que el Derecho penal es el medio estatal más civilizado para la prevención de delitos; pero para que el Derecho penal pueda arribar a resultados positivos, ha de reducirse su brutalidad y violencia, por lo que su legitimación pasa por aceptar criterios estrictamente garantistas y buscar alternativas legales a la pena de prisión, cuya imposición ha demostrado un rotundo fracaso¹⁹.

GIMBERNAT ha descrito la cuestión en los siguientes términos: “entre los años sesenta y ochenta del siglo pasado se inicia en Occidente, especialmente en Europa, un movimiento descriminalizador, impulsado por partidos de izquierda y por juristas de organizaciones de carácter progresista (entre ellas, las feministas), que consiguen que desaparezcan de

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *l.u.c.*, sostiene que “el Derecho penal, aun rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política”.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *l.u.c.*

¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 66 y ss.

los Códigos penales, en gran medida, conductas delictivas que figuraban en ellos desde el siglo XIX. A ese movimiento hay que reconducir la despenalización, en algunos casos sólo parcial, del aborto, de la propaganda y venta de productos anticonceptivos, del adulterio, del estupro, del escándalo público y, consiguientemente, de la elaboración y comercialización de pornografía de adultos y entre personas adultas también, de la homosexualidad y el incesto entre parejas mayores de edad, o del consumo de drogas²⁰. Pero a partir de los años 90 del siglo XX la tendencia se invierte: los llamados “nuevos gestores de la moral colectiva”, es decir: asociaciones como las feministas, pacifistas o antixenófagas, se convierte en grupos de presión que pretenden, y en muchos casos lo consiguen, la consagración positiva de sus postulados, acudiendo precisamente a la criminalización o, en su caso, cuando el comportamiento ya estaba tipificado, al endurecimiento de las sanciones, prescindiendo muchas veces de si ello es compatible o no con los principios básicos que debería informar la legislación penal en un Estado de Derecho”²¹.

En este sentido, indica POLAINO NAVARRETE²² que los “nuevos gestores de la moral colectiva” han desempeñado un papel que de ellos

²⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Los nuevos gestores de la moral colectiva*, en El Mundo, Madrid, sábado 10 de julio de 2004, Tribuna.

²¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Los nuevos gestores de la moral colectiva*, en El Mundo, Madrid, sábado 10 de julio de 2004, Tribuna.

²² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *La Ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces, y sombras*, en Juan BURGOS LADRÓN DE

cabía esperar en la sociedad, propugnando más criminalización, mayor intervencionismo y severidad del sistema punitivo, actitud comprensible a la luz del espíritu de la época. Pero no se puede achacar al desempeño de su rol la deficiente regulación punitiva, así como tampoco la desmesurada inflación de los tipos penales, a menudo superfluos o directamente contraproducentes, ni un incremento exorbitado del rigor punitivo en la sanción de determinados fenómenos ni criminalidad.

Lo cierto es que en la actualidad nos encontramos frente a la presencia de nuevo riesgos, constituyéndonos en una “Sociedad de riesgo”. Las sociedades actuales son expresiones de una Sociedad de riesgo. El Derecho penal no puede permanecer inmóvil, inmutable ante los cambios sociales y los avances tecnológicos. Al ser el Derecho penal parte de la sociedad, los cambios operados en ésta han de influir necesariamente en aquel. Sin embargo, el Derecho deseado por la sociedad no suele coincidir con el Derecho existente en la realidad normativa²³.

A ello habrá que sumarle los comportamientos punibles derivados de la utilización de las herramientas digitales, circunstancia que ha instalado una auténtica y nueva revolución, pues su incidencia impacta en muchos aspectos de la vida social y económica.

GUEVARA (Coord.), *La violencia de género: aspectos penales y procesales*, Universidad de Sevilla - Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 24 y ss.

²³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2017, p. 66.

Internet está creciendo a una velocidad vertiginosa, de forma desorganizada, y el ordenamiento jurídico no tiene apenas tiempo de prever y de regular, en tiempo y forma, las relaciones que se generan en su seno y los conflictos que se derivan de ellas. Y el núcleo de la discusión parte del planteamiento de la cuestión de la necesidad de intervención del Derecho penal en la red.

Muchos se han expresado en contra de cualquier clase de intromisión por parte del Estado de cara a regular las relaciones que se establecen en el mundo virtual entendiendo una posible vulneración al derecho a la libertad en cualquiera de sus manifestaciones.

Se ha señalado²⁴ que, si bien es cierto que nos encontramos en la realidad virtual, no por eso debemos abjurar de los principios inspiradores del Derecho penal, y entre ellos el de *ultima ratio*: de ahí que, aun propugnando la intervención del Derecho penal para sancionar conductas lesivas de bienes jurídicos tradicionales, o de nuevos objetos de tutela como la seguridad de los sistemas informáticos, no por ello todas las conductas perjudiciales deberán constituir ilícitos penales²⁵.

²⁴ ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite, *Consideraciones político-criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red*, “Cuadernos de Derecho Judicial”, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Internet y Derecho penal, 2001, p. 263.

²⁵ Cfr., en igual sentido, MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 92 y ss.

En ese sentido, considero que habrá de analizarse profundamente cada una de las modalidades que surjan con la utilización de las nuevas herramientas digitales, a fin de determinar si el Derecho penal deberá hacerse cargo de sancionar estas conductas por vulnerar bienes jurídicos, o remitir su tratamiento a otras ramas del Derecho.

De lo que claramente estoy convencida es que, ante el advenimiento de infinidad de modalidades de conductas, los Estados deben adoptar serias políticas, relacionadas con la información y formación acerca de los riesgos que representa Internet hacia los ciudadanos que impacten en la prevención de quienes hoy son víctimas.

Lo expuesto no implica de ninguna manera prohibir el uso de las nuevas técnicas, sino la exigencia de formar adecuadamente a sus usuarios en el manejo de las mismas, para hacer un empleo adecuado de las mismas y minimizar riesgos y peligros que en todo caso están surgiendo con su utilización y se irán incrementando a lo largo del tiempo.

No obstante, y en el entendimiento de que el Derecho penal deberá hacerse cargo de las más graves conductas, como de hecho lo está haciendo en la actualidad, en especial en relación a la figura que analizaremos en el presente trabajo, es importante cuestionarse si verdaderamente el Derecho penal, y a nivel internacional, está preparado para solucionar los conflictos que se producen en la red; si los operadores del sistema están a la altura de la problemática para brindar soluciones de calidad a los conflictos; si las

legislaciones están debidamente adaptadas a las nuevas tecnologías para poder brindar una respuesta a la sociedad. Ello es un importante reto.

Por otra parte, es de tener presente que los delitos informáticos no conforman un catálogo cerrado; pues en la actualidad un alto porcentaje de investigaciones exige y requiere la recolección y preservación de evidencia digital, circunstancia que obliga a jueces, fiscales y fuerzas especializadas a estar a la altura de la problemática, mediante una profunda capacitación y una dotación importante de herramientas informáticas que permitan asegurar y conservar hasta el juicio las pruebas digitales incautadas.

No podemos obviar que nos encontramos ante un fenómeno criminal de carácter transnacional y cuya prevención supera ampliamente los límites territoriales de los Estados, y ante dicha situación, la actuación aislada e independiente de los diferentes países resulta ineficaz; pues es fundamental que los ordenamientos jurídicos de cada país tengan la posibilidad y capacidad de evolucionar al ritmo del avance tecnológico, para ofrecer soluciones legales ante las nuevas situaciones que surjan, lo cual debe hacerse de forma armonizada con la actividad de otros Estados y con las pautas y criterios asumidos internacionalmente.

Ello me lleva a asegurar que deviene fundamental fortalecer los mecanismos de Cooperación Internacional. El carácter transnacional de estas figuras, y en muchos casos su condición de crimen organizado internacional -ciberterrorismo, trata de personas, red de pedófilos, etc.-,

torna imprescindible un mecanismo ágil de cooperación tanto policial como internacional, para luchar eficazmente contra este tipo de criminalidad; máxime cuando es habitual que el delincuente no se encuentre en el mismo lugar, ciudad o país que la víctima²⁶.

En efecto, el principio de soberanía nacional no permite que un país lleve a cabo investigaciones dentro del territorio de otro país sin el expreso permiso de las autoridades locales. Por lo tanto, las investigaciones deben realizarse con el apoyo de las autoridades de todos los países implicados.

Hablar hoy de delitos en Internet sin tener presente un enfoque de las singulares características que su forma de realización comporta es algo que resulta tarea imposible, toda vez que las redes atraviesan el planeta y para ellas no hay fronteras.

En este orden, los países más industrializados entendieron que era necesario armonizar sus leyes y establecer medios técnicos y procedimientos de cooperación para combatir los delitos cometidos por Internet²⁷.

²⁶ SALT, M., *La relación entre la persecución de delitos informáticos y el Derecho penal internacional, Informática y delito*, Editorial Infojus, Bs. As., 2014, pp. 238 y ss.

²⁷ PALAZZI, Pablo, *Los delitos informáticos en el Código penal*, 2ª. edición, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 2012.

Esa fue la génesis de la *Convención de Budapest -o Convenio de cibercrimen-*, firmada en Budapest (Hungría), el 23 de noviembre de 2001, que clasifica a los delitos informáticos en cuatro grupos diferenciados²⁸:

- Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos: Acceso ilícito a sistemas informáticos. Interceptación ilícita de datos informáticos. Interferencia en el funcionamiento de un sistema informático. Abuso de dispositivos que faciliten la comisión de delitos.
- Delitos informáticos: Falsificación informática mediante la introducción, borrado o supresión de datos informáticos. Fraude informático mediante la introducción, alteración o borrado de datos informáticos, o la interferencia en sistemas informáticos.
- Delitos relacionados con el contenido: Producción, oferta, difusión, adquisición de contenidos de pornografía infantil, por medio de un sistema informático o posesión de dichos contenidos en un sistema informático o medio de almacenamiento de datos.
- Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines.

Es evidente que la evolución tecnológica, el creciente conocimiento de la sociedad acerca de la utilización de las herramientas cibernéticas, han

²⁸ https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf

dado lugar a la aparición de nuevos comportamientos que hasta hace poco no se contemplaban como delito en los ordenamientos penales. Sin embargo, las nuevas figuras delictivas proveen la protección de ciertos bienes jurídicos que hoy se encuentran vulnerados por comportamientos que, al no estar contemplados en las leyes de fondo, hacen dificultosa su persecución penal.

Al mismo tiempo, las nuevas manifestaciones delictivas plantean la necesidad de disponer de instrumentos legales que permitan utilizar las potencialidades de aquella tecnología para llevar adelante investigaciones criminales eficaces y, paralelamente, asegurar las garantías constitucionales en resguardo de los derechos fundamentales de las personas.

Sin desconocer que el desarrollo incesante tecnológico representa grandes beneficios para personas en términos de acceso al conocimiento y a la información, es verdad que también trae aparejado riesgos significativos para el titular de los datos personales, que circulan sin control alguno en la red, lo cual disminuye a grandes escalas la protección de su esfera privada.

Hoy día la sociedad vive con una demanda de información constante y con frenesí de dar a conocer su vida a través de las redes sociales, sin ser conscientes de la enorme exposición ni del impacto que ésta tendrá en un futuro inmediato.

El nuevo espacio de vulnerabilidad se asocia a infinidad de modalidades facilitadas no solamente por la posibilidad de acceder a la red,

sino también por la cantidad de información que dejamos en manos de terceros al subir al ciberespacio nuestras vidas -privadas-.

Entre tantos actos que luego devienen típicos, se encuentran aquellos que se relacionan con el ámbito de la violencia hacia la mujer; pues la manera moderna de relacionarse en la sociedad es el encuentro en redes sociales. Todo ello hace al navegante vulnerable a la manipulación, a las infamias y al descrédito; lo que genera que las formas de violencia hayan ampliado su espectro y se haya generalizado el uso de las herramientas tecnológicas para atacar a las víctimas.

La violencia hacia la mujer se ve claramente manifestada a través de la comisión de diferentes modalidades mediante la utilización de las redes sociales, afectando a mujeres adultas y adolescentes. Éstas se traducen en conductas tales como la suplantación de identidad en las redes sociales, el control y acoso a través de las mismas, el seguimiento a través de los sistemas de *GPS*, la difusión de imágenes de contenido íntimo en la red, la implantación de archivos espías como *spyware* o *spybubble* en los dispositivos electrónicos de la víctima, el *grooming*, entre muchas otras. Aunque estas conductas pueden tener como víctima a cualquier persona con la que no exista un vínculo previo, no se puede obviar el hecho de que

cada vez, con más frecuencia, se ejecutan tales actos por las parejas o ex parejas sentimentales²⁹.

Generalmente, este tipo de conductas delictivas se llevan a cabo cuando la relación sentimental ha finalizado, o bien cuando está a punto de finalizar. Es común, entonces, chantajear con publicar fotografías o vídeos de contenido íntimo o sexual, controlar las relaciones sociales a través de Internet, apoderarse de contraseñas de acceso a correos electrónicos o redes sociales para controlar los perfiles y leer sus mensajes, creación de perfiles falsos de la víctima, insultar, vejar o humillar a través de redes sociales o blogs leídos por los círculos de relaciones de la víctima, publicación o transmisión de fotografías o vídeos de carácter íntimo o sexual, amenazar con publicar fotos o información íntima en las redes sociales con el propósito de chantaje, etc.

Crecen también las conductas que seducen a las mujeres vía Internet, les solicitan imágenes íntimas y luego las extorsionan y amenazan con subirlas a la *Web* a cambio de dinero, lo que se conoce como “*sextorsión*”; o bien, ex parejas o conocidos, tomaron imágenes íntimas de la víctima con su consentimiento, y las publican y se viralizan sin su anuencia³⁰.

²⁹ JIMÉNEZ MARTÍN, Jorge, *Los delitos informáticos en el ámbito de la violencia de género: algunas reflexiones*, en DUPUY, Daniela (Dir.), *Cibercrimen. Aspectos de Derecho penal y procesal penal, Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital*. Responsabilidad de IPS, Editorial B de F, Bs. As., 2016, p. 108.

³⁰ JIMÉNEZ MARTÍN, Jorge, *Los delitos informáticos en el ámbito de la violencia de género: algunas reflexiones*, en DUPUY, Daniela (Dir.), *Cibercrimen. Aspectos de*

Ahora bien, si bien es cierto que la comisión de algunos de estos comportamientos pueda darse como parte del círculo que conforma la violencia y la demostración de poder del hombre hacia la mujer, también lo es que representen modalidades independientes y que nada tengan que ver con integrar un trato violento.

En consecuencia, el uso de Internet sacó a la superficie una serie de derechos relacionados con la libertad información y la libertad de expresión, pero, al mismo tiempo, ha generado grandes riesgos para la indemnidad de otros derechos fundamentales, como el de la protección de datos personales, el derecho a la intimidad, es decir, aquellos que afectan al círculo de la privacidad de las personas.

Pero cabe preguntarse: ¿qué ocurre si alguien decide publicar esas fotografías para causar un daño? La respuesta a este interrogante es difícil, pues el daño producido, o bien el que se pueda generar en un futuro, puede ser irreversible.

Aunque la mayoría de los usuarios lo desconocen, las empresas que administran las redes sociales están continuamente realizando una actividad jurídica de tratamiento automatizado de datos personales de quienes difunden datos de su vida privada y de sus preferencias.

Derecho penal y procesal penal, Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de IPS, Editorial B de F, Bs. As., 2016, pp. 110 y ss.

En términos generales, el legislador español hace tiempo que viene adaptando la normativa interna a las necesidades de persecución penal de nuevas conductas que se realizan en entornos digitales, y a las directivas internacionales en esta materia, siguiendo las pautas fijadas en el marco europeo. Claro que el ritmo vertiginoso al que evoluciona el desarrollo tecnológico y las facilidades al alcance de los ciberdelincuentes provoca que las actualizaciones legislativas queden prontamente desfasadas.

En este sentido, las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, ambas de 30 de marzo, que entraron en vigencia el 1 de julio del mismo año, incorporan a la legislación penal española novedades importantes relacionadas con los comportamientos asociados a las nuevas tecnología y al tema específico del que se ocupa el presente trabajo.

Así, los delitos contra la intimidad se encuentran previstos y sancionados en el Título X del Libro II del Código Penal español, dedicado a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad domiciliaria, y más concretamente, en su Capítulo I, referido a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

Dicho capítulo abarca los artículos 197 a 201, de entre los cuales es el artículo 197 en el que se tipifican *stricto sensu* los delitos contra la intimidad, en tanto que los artículos 197 *bis* y *ter* definen figuras delictivas novedosas que protegen la seguridad de los sistemas informáticos y de los datos o contenidos que alojan.

El vigente artículo 197.7 del CP contiene una nueva figura delictiva que describe en los siguientes términos:

“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

Analizar la configuración del tipo legal en todas las dimensiones esenciales de la teoría del delito, así como en sus aspectos criminológicos y de Política criminal, desde una perspectiva jurídico-comparativa y de Derecho comparado e internacional, con el tratamiento bibliográfico y jurisprudencial, representa un relevante y atractivo reto académico, que por mi parte me propongo abordar en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO CRIMINOLÓGICO

I.- Introducción

La Criminología es la disciplina que se ocupa de la “personalidad del delincuente, de su evolución, de sus características físicas y psíquicas, y de las posibilidades de su resocialización, al igual que de las manifestaciones del delito, de sus causas y de su importancia tanto en la sociedad como en la vida de cada persona, así como también de la eficacia de las reacciones jurídico criminales, pero sin aferrarse al concepto de delito en sentido jurídico”³¹.

La Criminología clásica, en la versión inicial de la Escuela Positiva italiana, se ocupaba de buscar las causas del delito como fenómeno empírico, individual y social. No perseguía la explicación sociológica de las normas e instituciones penales, sino que creía poder estudiar el delito como una realidad natural independientemente de aquellas. Dicha postura fue rechazada por la Criminología crítica, que parte del principio de que “el delito no constituye una realidad natural previa a la norma que lo establece, sino que depende en su existencia de una norma que surge en un sistema social dado, como fruto de unas determinadas condiciones sociales. Lo que

³¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 4ª edición, traducción española de Miguel OLMEDO CARDENETE, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 39.

es delito en un determinado sistema social puede no serlo en otro distinto”³².

En la moderna Criminología, el estudio del hombre delincuente ha pasado a un segundo plano, como consecuencia del giro sociológico experimentado por aquella y de la necesaria superación de enfoques individualistas en atención a objetivos político criminales.

El centro de interés de las investigaciones se ha desplazado prioritariamente hacia la conducta delictiva misma, la víctima y el control social. El delincuente se examina “en sus interdependencias sociales”, como unidad biopsicosocial y no desde una perspectiva biopsicopatológica como sucediera con tantas biografías clásicas orientadas por el espíritu individualista y correccionalista de la Criminología tradicional³³.

Tradicionalmente se ha asignado a la Criminología, entre otras, la función de explicar científicamente el crimen elaborando modelos teóricos que establezca la etiología y génesis desde problema social y comunitario. La Criminología lo ha intentado desde sus inicios, siguiendo muy diversos caminos. La siguiente clasificación, como expresamente se ha señalado³⁴, alude a cuatro de los principales modelos o enfoques teóricos explicativos

³² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 5ª edición, Barcelona, 1998, p. 16.

³³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 7ª edición corregida y aumentada, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 119.

³⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, ob. cit., pp. 323 y ss.

del comportamiento criminal: la Criminología clásica y neoclásica partía del dogma del libre albedrío por lo que no podía admitir la hipótesis de que el comportamiento humano estuviese regido por causas o factores. Atribuían el crimen a una decisión racional y libre del infractor basada en criterios de utilidad y oportunidad³⁵.

La Criminología positivista, que arranca con la *Scuola Positiva*, por el contrario, busca las causas del delito, atribuyendo el comportamiento criminal a ciertos factores biológicos, psicológicos o sociales que determinarían el mismo. En la actualidad estos enfoques han devenido más complejos, apuntando a modelos explicativos integrados y utilizando un lenguaje estadístico relativizador que mitiga las pretensiones deterministas radicales de sus pioneros³⁶.

En el marco de la Sociología criminal, la teoría de la reacción social o del etiquetamiento (*labeling approach*) marca un nuevo camino al sustituir las teorías clásicas de la criminalidad por las llamadas teorías de la criminalización. Para esta teoría, no interesan las causas del delito de la desviación primaria, sino los factores y variables que deciden el curso selectivo y discriminatorio de los procesos de criminalización. No importa

³⁵ Cfr., sobre la Escuela clásica, SIEGEL, Larry J., *Criminology*, 5ª ed., Cengage Learning, 2015, pp. 82 y ss.

³⁶ TITTLE, Charles, R., *Los desarrollos teóricos de la Criminología*, traducción de Magdalena CANDIOTTI, en Justicia Penal Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000, Granada, 2006, p. 39.

porqué se delinque, sino porqué ciertas personas son etiquetadas como delincuentes con las instancias del control social formal³⁷.

Finalmente, diversas corrientes de la moderna Criminología³⁸ tratan de explicar el delito siguiendo un enfoque dinámico y pretendiendo, con métodos preferentemente longitudinales más acordes con la naturaleza de los procesos de consolidación de los patrones, cambiar la conducta del individuo y la propia génesis del comportamiento criminal, que evolucionan en función de las diversas etapas del curso de la vida del infractor. Estos enfoques dinámicos persiguen describir la génesis del comportamiento delictivo desde una perspectiva dinámica, esto es, insertando el proceso y evolución de los patrones de conducta en el curso de la vida del autor, en las diversas etapas de este, estudiando, caso a caso, el comportamiento de las variables que interactúan en el mismo³⁹.

Es de destacar que la irrupción en la segunda mitad del siglo XX de la perspectiva victimológica en el ámbito de las Ciencias penales⁴⁰ produjo

³⁷ <https://daltonespain.com/2011/12/26/teoria-del-labeling-approach/>

³⁸ “Teorías del curso de la vida”, “Criminología del desarrollo”, “carreras y trayectorias criminales”, cit. en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, ob.cit., pp. 324 s.

³⁹ Vid. otras posibles clasificaciones en TITTLE, Charles R., *Los desarrollos teóricos de la Criminología*, Justicia Penal siglo XXI, una selección de Criminal Justice 2000, Granada, 2006, pp. 3 y ss.

⁴⁰ Vid. la fundamental aportación de HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Prólogo de Prof. Dr. Miguel Polaino Navarrete, Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 1996, 408 páginas, *passim*.

un progresivo giro en el modo de analizar el hecho delictivo⁴¹, que hasta entonces era explicado como “un producto unilateral de la decisión de un autor”⁴².

En efecto, la Victimología, en cuanto Ciencia criminológica centrada en la víctima del delito, sus elementos, su papel y, en especial, su contribución al surgimiento del delito, introdujo un cambio de paradigma de importantes consecuencias en la Criminología y Derecho penal, y en la Política criminal y el Derecho procesal penal⁴³.

BERGELSON⁴⁴ ha explicado la evolución del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del acusado⁴⁵. Así, la culpabilidad del acusado parecería presumir la inocencia de la víctima. De hecho, la percepción de las víctimas como protagonistas inocentes en el hecho delictivo se remonta a la Antigüedad, antecediendo a nuestro sistema de justicia penal. En numerosas culturas, la noción de víctima se hallaba

⁴¹ HERRERRA MORENO, Myriam, *Victimización: Aspectos generales*, en Baca Baldomero, Enrique, *Manual de Victimología*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 79/128.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre Victimodogmática*, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro homenaje al Prof. Antonio Beristain*, 1989, pp. 633/646.

⁴³ AGUSTINA, José, *Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización*, “Cuadernos de Política Criminal”, nº 114, III, época II, 2014, p. 153, ISSN: 0210-4059.

⁴⁴ BERGELSON, Vera, *Victims Rights and Victims, Wrongs. Comparative Liability in Criminal Law*, Stanford University Press, en AGUSTINA, José, *Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización*, “Cuadernos de Política Criminal”, nº 114, III, Época II, 2014, pp. 153/155, ISSN: 0210-4059.

⁴⁵ AGUSTINA, José, loc. cit.

fuertemente vinculada al sacrificio religioso, y las víctimas debían ser puras, sin mancha alguna, asociándose toda víctima a la inocencia, pues se entendía que la víctima sufría un daño y era más objeto que sujeto de un hecho delictivo.

Según BERGELSON, en ocasiones, las víctimas cumplen un papel de co-causantes del daño que ellas mismas sufren, al no tomar las debidas precauciones contra sus ofensores, o son ellas mismas ofensores. De hecho, y así lo demuestra la investigación criminológica, los ofensores de hoy son víctimas del mañana⁴⁶.

La compleja dinámica interpersonal entre víctimas y ofensores requieren un análisis complejo de un posible reparto de cuotas de responsabilidad, que pueden afectar en términos jurídicos-penales, tanto a la relación de imputación objetiva como a la desvaloración de la acción, y de superarse positivamente los juicios de tipicidad y antijuridicidad, incidir en la determinación de la pena⁴⁷.

Si bien la jurisprudencia norteamericana parte de la máxima *Don't blame the victim*, ello no debe implicar que se ignore en la definición del

⁴⁶ BERGELSON, Vera, *Victims Rights and Victims, Wrongs, Comparative Liability in Criminal Law*, Stanford University Press, en AGUSTINA, José, *Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización*, “Cuadernos de Política Criminal”, nº 114, III, Época II, 2014, pp. 153/155, ISSN: 0210-4059.

⁴⁷ AGUSTINA, José, *Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización*, “Cuadernos de Política Criminal”, nº 114, III, Época II, 2014, pp. 153/155, ISSN: 0210-4059.

tipo penal la posible relevancia del comportamiento de la víctima. De hecho el movimiento de defensa de los derechos de las víctimas se ha ocupado de sensibilizar a la sociedad y a la comunidad política, tratando de obtener tanto en el ámbito del derecho sustantivo como en el procesal, una mayor visibilidad y consideración de las víctimas; pues ellas no podían seguir siendo *la parte olvidada* que había sido apartada para dotar al proceso penal de una mayor neutralidad a la justicia, en tanto que la voz de las víctimas se consideraba relevante.

Las consideraciones víctimodogmáticas son una extensión coherente de tal planteamiento: la información que brinda la víctima es relevante sobre la otra cara del conflicto, por lo que debe entenderse que no solo lo que dice, sino también su conducta debe tenerse en cuenta en la valoración del hecho objeto de enjuiciamiento, un hecho que es, en la mayoría de los casos, *cosa de dos*⁴⁸: en este sentido, el análisis de la conducta de la víctima en la dogmática penal ha sido calificado *the dark side of the moon of the victims' rights movements*⁴⁹.

⁴⁸ AGUSTINA, José, *Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización*, “Cuadernos de Política Criminal”, nº 114, III, época II, 2014, pp. 153/155, ISSN: 0210-4059.

⁴⁹ ORTIZ DE URBINA, Gimeno, *Old wine in New wineskins? Appraising Professor Bergelson's Plea for Comparative Criminal Liability*, “Pace Law Review”, 28, 2008, 815-45, cit. en AGUSTINA, José, ob. cit., p. 155.

Se señala⁵⁰ que, si la víctima modifica su estatus moral y jurídico con respecto al ofensor, de manera voluntaria (mediante su consentimiento o la asunción de un riesgo) o involuntaria (por medio de un ataque a derechos reconocidos legalmente a terceros), los ofensores deberían estar en su derecho a oponer una justificación completa o incompleta, lo cual eliminaría o disminuiría su responsabilidad penal.

En base a ello, se entiende que el hecho delictivo debe contemplarse como el resultado de una sinergia entre ofensor y víctima donde cada uno comparte una porción de la responsabilidad jurídica por las consecuencias negativas de su propio comportamiento⁵¹.

MENDELSON, uno de los fundadores de la Victimología como rama independiente de la Criminología, formuló una tipología de víctimas que abarcaba diferentes grados de culpabilidad. En su clasificación distinguía: desde 1) víctimas completamente inocentes (un niño), hasta 2) víctimas a las que se atribuía la culpa en su totalidad (el ofensor resultaba muerto por su víctima); y, entre ambos extremos, situaba otros tres tipos de víctimas:

⁵⁰ BERGELSON, Vera, *Victims Rights and Victims, Wrongs, Comparative Liability in Criminal Law*, Stanford University Press, citado por AGUSTINA, José, Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización, “Cuadernos de Política Criminal”, nº 114, III, época II, 2014, pp. 153/155, ISSN: 0210-4059.

⁵¹ AGUSTINA, José, *Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización*, “Cuadernos de Política Criminal”, nº 114, III, época II, 2014, pp. 153/155, ISSN: 0210-4059.

3) víctimas con culpa menor, 4) víctimas tan culpables como el propio ofensor y 5) víctimas más culpables que su ofensor⁵².

En esa línea, es importante destacar qué se entiende por victimidad⁵³. En sentido descriptivo, la victimidad se entiende como concentración, en una persona o un colectivo victimizado, de un conjunto de rasgos o condiciones precisas para el refrendo comunitario, político y jurídico de la injusticia sufrida. Estas condiciones son establecidas explícitamente desde la esfera normativa, que vincula a las mismas un haz de derechos. Según se entiende, el binomio víctima /victimización tiene como resultante natural en un Estado de Derecho, el acceso a un ámbito público de reconocimiento, la victimidad⁵⁴.

Convertirse en víctima es algo más que sufrir fácticamente una victimización⁵⁵. La victimidad se despliega como “lugar de sentido”, donde

⁵² MENDELSON, Benjamin, *The Victimology*, en *Etudes Internationales the Psycho-Sociologie Criminelle I*, 1956, citado en HERRERA MORENO, Myriam, *¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, nº 12, 2014, pp. 345 y ss.

⁵³ MEREDITH, Valerie M., *Victim identity and respect for human dignity: a terminological analysis*, en “International Review of the Red Cross”, 2009, vol. 91, núm. 874, pp. 260/1, citado en HERRERA MORENO, Myriam, *¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, nº 12, 2014, pp. 345 y ss.

⁵⁴ MEREDITH, Valerie M., *Victim identity and respect for human dignity: a terminological analysis*, en “International Review of the Red Cross”, 2009, vol. 91, núm. 874, pp. 260/1, citado en HERRERA MORENO, Myriam, *¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, nº 12, 2014, pp. 345.

⁵⁵ STROBL, Rainer, *Constructing the victim, theoretical reflections and empirical examples*, “International Review of Victimology”, 2004, vol. 11, nº 2-3, pp. 295 y ss., citado en HERRERA MORENO, Myriam, *¿Quién teme a la victimidad? El debate*

la persona dañada asume y adquiere identidad, por la consolidación cívica de su perfil de víctima y la correlativa admisión normativa de la injusticia padecida⁵⁶.

En consecuencia, el reconocimiento victimal no depende de una verificación objetiva de datos normativos, sino que es la resultante de complejos procesos culturales, interactivos socialmente y simbólicos¹.

Este proceso se somete al juego fluctuante de intereses sociales implicados y a la actividad de negociaciones sobre las condiciones de identidad victimal.

En función de las diversas posibilidades, y de frente a la validación de lo sufrido, las derivas identitarias se diversifican. Así, se reconocen: una *víctima real*, auto-identificada y reconocida por el sistema social y sus instituciones; una *no víctima*, situación de la persona que, pese a ser victimizada, no se admite como víctima ni es reconocida socialmente como tal; una *víctima rechazada*, constituida por quienes se consideran víctimas pero no reciben del sistema el refrendo de esa autopercepción; y una

identitario en Victimología, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, n° 12, 2014, p. 346.

⁵⁶ HERRERA MORENO, Myriam, *¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, n° 12, 2014, p. 346.

víctima designada, que el sistema contempla positivamente como víctima, pero ella no admite su victimización⁵⁷.

Sólo en la primera de las alternativas, la que atañe a las víctimas reales para el sistema social, pueden establecerse correlaciones no conflictivas entre víctima, victimización y victimidad. En los restantes casos, la falta de conciencia personal o social del abuso, la culpabilidad y distancia de la sociedad respecto de la víctima, o una contradicción entre identidad personal y normativa se erigen en factores problemáticos que pueden generar resentimiento y perturbación social⁵⁸. En ese sentido, un acceso a la conflictividad no constituye, por un lado, la coronación de un proceso de adscripción, y por otro, un correlativo aspecto víctima-asuntivo, de sentido adaptativo, que deberá emprender el sujeto victimizado⁵⁹.

CHRISTIE, en su trabajo sobre la *víctima ideal*, señala que la condición de ésta comportará exigencias de vulnerabilidad extremas frente a un victimario “grande y malvado”⁶⁰. Un ejemplo paradigmático de

⁵⁷ STROLB, Rainer, *Constructing the victim, theoretical reflections and empirical examples*, “International Review of Victimology”, 2004, vol. 11, n° 2-3, pp. 295 y ss., citado en HERRERA MORENO, Myriam, *¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, n° 12, 2014, p. 347.

⁵⁸ HERRERA MORENO, Myriam, *¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, n° 12, 2014, p. 348.

⁵⁹ HERRERA MORENO, Myriam, *¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, n° 12, 2014, p. 348.

⁶⁰ CHRISTIE, Nils, *The ideal victim*, en *From Crime Policy to Victim Policy*, Nueva York, 1986, p. 17/30.

víctima ideal ofrece HERRERA MORENO, cuando alude al supuesto de la anciana de clase media que resulta victimizada por un corpulento drogadicto cuando iba a cuidar a su hermana enferma. No es la debilidad de la víctima lo que se selecciona: la víctima perfecta sería aquella capaz de aliviar mala conciencia cívica, sin que ello hubiera de arrastrar al auditorio a abrazar causas heterodoxas o susceptibles de revolución social⁶¹.

La Victimología enfrenta a la sociedad a la realidad social de una larvada culpabilización de las víctimas, donde suelen intervenir procesos inconscientes de asimilación social del infortunio. Esta reacción social secundariamente victimizante, aprovecha la tesitura de la demanda de apoyo y justicia del ofendido para esgrimir el rasero selectivo de la mística de la victimidad, y amparar solo a las víctimas ideales, a las más convencionales, las que con más impolutos argumentos justifiquen socialmente su perturbadora exposición al daño⁶².

Es interesante el análisis sobre la víctima del delito desde la Criminología en que se destaca que aquélla ha padecido un deliberado abandono⁶³, señalándose que en el denominado “Estado social de Derecho”

⁶¹ HERRERA MORENO, Myriam, *¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª época, nº 12, 2014, p. 361.

⁶² HERRERA MORENO, Myriam, *Humanización social y luz victimológica*, “Eguzkilore”, nº 26, San Sebastián, 2012, p. 82.

⁶³ “La edad de oro” la denominó SHAFER, Stefen, *The Victim and his Criminal. A study in functional responsibility*, New York, 1968, pp. 7 y ss.

las actitudes reales hacia la víctima del delito se relacionan con la compasión y la demagogia, la beneficencia y la manipulación.

La Victimología ha impulsado durante los últimos lustros un proceso de revisión científica del rol de la víctima en el fenómeno criminal⁶⁴. *Protagonismo, neutralización y redescubrimiento* son tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima del delito a lo largo de la historia⁶⁵.

La victimización es el proceso por el que una persona sufre las consecuencias negativas de un hecho traumático, en particular de un delito, sosteniéndose que el proceso de la victimización puede examinarse desde una doble perspectiva: desde el punto de vista del hecho mismo y los factores o variables que la desencadena, o bien desde el de sus efectos o impacto en la persona que lo padece. La primera dimensión permite hablar de riesgo de la victimización; mientras que en la segunda se refiere a la vulnerabilidad de la víctima concreta. En consecuencia, la victimización se distingue entre la primaria, secundaria y terciaria, aunque el mencionado criterio clasificatorio no sea del todo pacífico⁶⁶.

⁶⁴ SCHNEIDER, Hans Joachim, *Kriminologie*, De Gruyter, Berlin-Nueva York, 1987, pp. 751 y ss.

⁶⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología y estudio de la víctima*, Ed. Porrúa, México, 1980, pp. 4 y ss.

⁶⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, ob. cit., p. 134.

Por *victimización primaria* se entiende el proceso por el que una persona sufre, directa o indirectamente, los efectos nocivos derivados del delito, sean estos materiales o psíquicos⁶⁷.

La difusión de imágenes que han sido tomadas con consentimiento de la persona afectada pero que se difunden sin contar con él se presenta como uno de los fenómenos que se ven facilitados por la propia forma de vida: las costumbres y usos sociales modernos facilitados por la utilización de nuevas tecnologías⁶⁸. Si a la facilidad con la que al día de hoy se puede immortalizar una imagen se une la facilidad que existe simultáneamente para difundirla a través de Internet, y en general por medio de las redes sociales -como *Twitter, Facebook, Instagram*, etc.-, se concluye que se trata de una forma nueva de atentar contra un bien jurídico clásico, que es consustancial a las nuevas formas de vida⁶⁹; comenzándose a hablar de la existencia de un bien jurídico específico dentro del derecho a la intimidad, cual es la libertad informática⁷⁰, configurándole⁷¹ como el derecho a

⁶⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, ob. cit., p. 135

⁶⁸ ACALE SÁNCHEZ, María, *Derecho penal, imagen e intimidad: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª. época, nº 10, julio 2013, pp. 17 s.

⁶⁹ ACALE SÁNCHEZ, María, ob. cit., pp.17/8.

⁷⁰ MATA, Ricardo, *La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas, intimidad y nuevas tecnologías*, en “Revista Penal”, 2006/4, p. 219.

⁷¹ Vid. ROMEO CASABONA, Carlos, *La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet*, en VVAA., *Derecho y conocimiento*, 2002/2, p. 125, quien afirma que “es necesario ofrecer una protección jurídica más intensa, pero no exclusivamente penal, a las comunicaciones personales en cuanto tales, así como a las actividades de producción y

circular con seguridad en los circuitos informáticos sin riesgo para nuestra intimidad, nuestro patrimonio, nuestra libertad sexual⁷².

En tal sentido, el art. 18.4 de la Constitución establece que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Se trata de conductas que afectan a los colectivos que se desenvuelven en dichas redes. De esta forma, la difusión a través de Internet de una imagen personal sin consentimiento, no sólo acaba con la intimidad directamente⁷³, sino que además, por los efectos que dicho acto tenga, es posible que se atente ulteriormente contra la honor o la integridad moral.

Asimismo, estas conductas podrían también afectar a personas que jamás han entrado en una red social, pero cuyos datos personales han sido volcados en Internet.

Desde una perspectiva victimal, puede concluirse que se trata de un fenómeno de índole criminal/victimal que se retroalimenta a partir de las características de las propias relaciones humanas, que se convierten en el

de consumo de información en las redes, con independencia de que se generen datos personales o no”.

⁷² En sentido contrario se manifiesta JAREÑO LEAL, Ángeles, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, ob. cit., p. 21, para quien todo lo que se produce es un atentado “de la intimidad contenida en soportes informáticos, pero intimidad de las personas”, en definitiva.

⁷³ Vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al espacio ámbito temporal de comisión de los hechos*, “Eguzkilore”, 2007/21, pp. 9/10.

factor de precipitación de tales hechos, y dentro de ellos, de los hechos delictivos⁷⁴.

Prevenir atentados contra la intimidad a través del tratamiento de nuestra imagen es difícil, debido a lo fácil que es la captación.

Se indica al respecto que, con el simple hecho de no guardar en terminales informáticas, a las que cualquier experto en informática puede acceder, imágenes que pertenecen a la vida privada, se estaría evitando el abuso⁷⁵.

En términos victimales, en la medida en que se trata de fenómenos que se precipitan por el comportamiento de la víctima, cabe responsabilizar a ésta del propio daño que sufre, haciendo recaer sobre ella el peso del reproche social⁷⁶.

La *victimización secundaria* abarca los costes personales derivados de la intervención del sistema legal, que paradójicamente, incrementan los padecimientos de la víctima. Así, el dolor que causa a ésta revivir la escena del crimen al declarar ante el juez; el sentimiento de humillación que experimenta cuando los abogados del acusado la culpabilizan

⁷⁴ HERRERA MORENO, Myriam, *Victimación. Aspectos generales*, en BACA BALDOMERO, Enrique, *Manual de Victimología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 91 y ss.

⁷⁵ BARBARET, Rosemary, *La prevención de la victimización*, en BACA BALDOMERO, Enrique, *Manual de Victimología*, ob. cit, pp. 235 y ss.

⁷⁶ ACALE SÁNCHEZ, María, *Derecho penal, imagen e intimidad: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª. época, nº 10, julio 2013, p. 20.

argumentando que ella misma provocó con su conducta el delito, los interrogatorios policiales, etc. Algunos autores prefieren el término *victimización procesal*⁷⁷.

En el caso en estudio, precisamente porque se trata de conductas de la propia víctima que provocan la reacción delictiva, muchas veces las mismas padecen un largo proceso de victimización secundaria, en virtud del cual al daño que sufren directamente por haber sufrido un hecho traumático -victimización primaria- hay que unir los daños que le causan las reacciones sociales que se producen cuando se conoce el fenómeno, pues hay actitudes que se olvidan del hecho principal -atentado contra la imagen y contra la intimidad- y se centran en el comportamiento de la víctima que lo provocó; de ahí que se la responsabilice de lo sucedido, y la superación del daño por parte de la víctima va a depender de las posibilidades que cada una de ellas posea para superar el episodio violento con todas sus consecuencias. Asimismo, la instrucción del procedimiento provocará que los hechos íntimos de la víctima sean conocidos por más personas, amplificándose así el daño y perpetuándolo⁷⁸.

En muchas ocasiones, esos hechos llegan a los medios de comunicación, y la agresión se acrecienta sin posibilidad de reparar el

⁷⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, 5ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 115.

⁷⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, ALONSO RIMO, Alberto, *La víctima en el sistema de justicia penal*, II, en *Manual de Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 345.

daño: muchas veces los daños causados por la victimización secundaria son superiores a los provocados por el propio proceso de victimización primaria⁷⁹.

La sociedad podría alivianar la situación, por ejemplo, no buscando las imágenes o videos que fueron motivo de un escándalo mediático, o no accediendo a los medios de comunicación. Sin embargo, estas noticias generan morbo y, por ende, consumo masivo de las mismas, circunstancia que explica que haya medios de comunicación que se especialicen en ellas, amplificándose el atentado contra la intimidad.

Para luchar contra esos fenómenos, y antes de llevarlos al ámbito penal, es preciso profundizar en el ámbito de la prevención, a través de una educación que incida no tanto en la imagen sino en lo imaginado, no tanto en el contexto, sino en el propio texto, a través de la cual se conciencie la propia sociedad de que es posible la convivencia sin interferencias ilegítimas en las vidas ajenas⁸⁰.

Lo expuesto permite concluir que, a la luz de los procesos de victimización primaria y secundaria analizados, las mujeres son víctimas especialmente atraídas, para soportar atentados contra su intimidad, y

⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La Victimología. Cuestiones conceptuales y metodológicas*, en *Manual de Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 32.

⁸⁰ ACALE SÁNCHEZ, María, *Derecho penal, imagen e intimidad: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 3ª. época, nº 10, julio 2013, p. 22.

además víctimas especialmente vulnerables, porque el daño que sufren amplifica sus efectos⁸¹.

La *victimización terciaria* comprende el conjunto de costes de la penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros, y tendría que ver con la premisa lógica que los costes del delito sobre las personas y la sociedad deben ser ponderados con los costes de la penalización del infractor para él mismo, para terceros o para la propia sociedad⁸².

En los delitos cometidos a través de la red y las modernas tecnologías, cabe hablar de una *victimización latente*, situación en la que se halla quien es víctima de una agresión a su intimidad, por ejemplo, es consciente, y se angustia por ello, de que la agresión puede volver a repetirse en cualquier momento sin una defensa eficaz que lo evite⁸³.

II.- Un nuevo lugar: el ciberespacio

Los primeros abusos informáticos de lo que se tuvo conocimiento se produjeron alrededor de los años 60 en Estados Unidos contra compañías

⁸¹ HERRERA MORENO, Myriam, *La discriminación de la mujer por razón de género*, Ed. Reus, Madrid, 2006, pp. 63 y ss.

⁸² TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *La Victimología. Cuestiones conceptuales y metodológicas*, en *Manual de Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 33.

⁸³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, ob. cit., pp. 136 y ss.

telefónicas. En ese momento se los consideró meras transgresiones que apenas causaron alarma entre los propios afectados.

Recién alrededor de los años 90, podemos hablar de una verdadera delincuencia informática, que posee características muy peculiares en razón del ámbito en el que se comete y en razón del medio que se utiliza para la comisión del ilícito; sin olvidar que el ámbito geográfico en el que se lleva a cabo la conducta delictiva es el mundo virtual, desdibujándose los límites físicos y de territorialidad en los que estamos acostumbrados a analizar las conductas desvaliosas.

Se reconoce así a esta delincuencia un carácter transnacional o transterritorial. Frente al convencional Derecho penal aplicado en el territorio en el que cada Estado ejerce su soberanía, hoy nos encontramos ante un hecho delictivo, en que la consideración de la acción y efecto del delito pueden hallarse ubicados en diferentes Continentes, lo que dificultará no solamente determinar es la legislación aplicable al caso, sino incluso plantearse la eventualidad de que la conducta sea ilícita para uno de los ordenamientos jurídicos pero no para otros.

De este modo emerge hoy una nueva realidad con la criminalidad informática, caracterizada por la incertidumbre que plantean hechos nocivos socialmente, e incluso ilícitos típicamente relevantes, cometidos en entornos digitales.

En la realidad criminológica y jurídica, se advierte el aumento de la delincuencia informática y el incesante recrudecimiento de estas formas de manifestación delictiva, que no solamente se expresan a través de la comisión de ilícitos informáticos *per se* -el daño informático-, sino por la utilización de las nuevas tecnologías informáticas con el objetivo de lesionar bienes jurídicos de envergadura⁸⁴.

La facilidad para acceder a los medios informáticos, la posibilidad de multiplicar la expansión de las conductas a nivel transnacional, el anonimato en el que descansa el delincuente y el creciente conocimiento técnico que se puede adquirir tan solo con acceder fácilmente a manuales conteniendo técnicas de avances tecnológicos, representan algunas de las características más singulares de manifestación de la moderna criminalidad.

Es de poner de relieve que la ausencia de la debida coordinación armónica entre la realidad -ciber- social y el desarrollo y adaptación de las leyes penales y procesales, sumado a las dificultades que representan la investigación de los ciber-delitos y la captura de sus autores, inexorablemente ha propiciado la intensificación de nuevas modalidades delictivas y la incesante creación de otras, cuya evolución es de tal magnitud que la ley queda siempre unos pasos atrás.

⁸⁴ PALAZZI, Pablo, *Los delitos informáticos en el Código penal, Análisis de la ley 26.388*, 3ª. edic., Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, pp. 6 y ss.

El estudio de la evolución tecnológica y su relación con el cibercrimen, como un fenómeno criminal relevante, representa en la actualidad un verdadero desafío.

Las nuevas modalidades delictivas cometidas en entornos digitales obliga a replantearse el foco de la criminología tradicional, es decir, no ya tanto desde el estudio del autor del hecho y en el origen, motivación y comprensión de su actuar, sino en el cibercrimen como evento, complejo y completo, que conlleva la constatación de un espacio de oportunidad criminal cuya identificación y análisis puede ser esencial para prevenir estas conductas⁸⁵.

Un nuevo espacio para comunicarse, de carácter universal y transnacional y sujeto a cambios y desarrollo constante, genera un aumento de criminalidad; y esta nueva oportunidad criminal coexiste con la tradicional oportunidad física, y si bien ambos tienen en común el análisis de la relación victimario y víctima, se diferenciarán en la forma de manifestarse estos factores, pues utilizarán un espacio diferente, que trasciende las fronteras, y que ubica a los autores en un lugar del mundo y a sus víctimas al otro lado del planeta; y esta modificación de los parámetros

⁸⁵ MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y Criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 161 y ss.

espacio/tiempo en los que el crimen se comete, exige un replanteamiento de las tradicionales teorías criminológicas⁸⁶.

Los estudios criminológicos que abordaron la comprensión del cibercrimen, teniendo en cuenta las particularidades en razón del lugar donde se comete, toman como referencia a la *teoría de las actividades cotidianas*, conforme a la cual el crimen se produce durante las actividades cotidianas del día a día, cuando se unen en el espacio y el tiempo un objetivo adecuado, un delincuente motivado y la ausencia de un guardián encargado de brindar protección a la víctima⁸⁷.

Las teorías que, para explicar modalidades de cibercriminalidad, relacionan el ámbito espacial con la motivación propia del autor, demostrarán claramente los cambios que provoca al crimen como acontecimiento que el lugar de realización sea el ciberespacio.

En esta línea, partiendo de presupuestos de la teoría de las *actividades cotidianas*, criminólogos anglosajones han advertido⁸⁸ que el

⁸⁶ MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y Criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 162 y ss.

⁸⁷ COHEN, L.E. y FELSON, M., *Social change and crime rate trends: a routine activity approach*, en “ASR”, vol. 44, Agosto 1979.

Vid. sobre la materia, especialmente, MIRÓ LLINARES, Fernando, *La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen*, en “RECPC”, num.13-7, 2011.

⁸⁸ CAPELLER, William, *Not such a neat net: some comments on virtual criminality*, en “SLS”, num.10, 2001, quien manifiesta que las características de Internet -transnacionalidad, fugacidad, volatilidad de sus contenidos, y las estrategias de los operadores en la comunidad virtual- tienen un impacto directo en materia penal, lo cual no sólo obliga a una revisión del Derecho sino también, en las teorías criminológicas.

ciberspacio es un nuevo ámbito de criminalidad en el que algunos condicionantes del delito son diferentes⁸⁹.

De acuerdo a esta teoría, el ciberspacio como lugar del crimen no altera los factores de este último, pero sí la concreta expresión del ámbito de oportunidad para delinquir, y demás elementos que deberán ser tenidos en cuenta para focalizar sobre la prevención de este tipo de criminalidad.

Esta teoría sostiene que, para la comprensión del delito, no solamente hay que analizar al agresor, sino también otros factores del evento que se encuentran interrelacionados. Veamos.

En cuanto al ciber-agresor, al no existir distancias que actúen como barreras, incrementa las posibilidades de motivación de un potencial autor, porque no sólo aumenta el número de los objetivos potenciales, respecto de los que elegirá al adecuado, sin que la distancia y el tiempo influya o dificulte su decisión, sino también porque reduce el tiempo y el riesgo que supone cometer un delito tradicional en el espacio físico, donde se deberá prever la selección del objetivo, la preparación, el desplazamiento, la ejecución y la huida⁹⁰.

⁸⁹ Vid. MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y Criminología de la delincuencia en el ciberspacio*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 167.

⁹⁰ MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y Criminología de la delincuencia en el ciberspacio*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 171.

Sin embargo, en el ciberespacio, se acota el tiempo y la distancia, pues sólo deberá preverse la selección del objetivo, la preparación y la ejecución⁹¹.

Piénsese en un ejemplo en un espacio físico: un delincuente que decide robarle el dinero a la anciana que ingresó al banco. Deberá trasladarse hacia el lugar, con el riesgo que lo vean futuros testigos, que capten su traslado las cámaras de la zona; esperar que la anciana se retire del banco, pudiendo resultar sospechosa su presencia en el lugar, y también captada por la tecnología; arrebatarse la cartera a la anciana, con el riesgo a ser detenido, reconocido e individualizado, y huir, otra vez, bajo la amenaza de fracasar y de que la anciana haya guardado el dinero en el bolsillo interno de su abrigo.

A diferencia de lo que ocurre en el espacio físico, el ciberespacio⁹² otorga la oportunidad al agresor de seleccionar muchas víctimas y actuar ya sea al mismo tiempo, o bien, con espacios cortos de continuidad. A ello debe sumarse la facilidad de que sean millones de personas las que hoy acceden a Internet; y ello potencia las posibilidades de que muchas de ellas adviertan un espacio -anónimo- como oportunidad para delinquir y huir fácilmente, un refugio aparentemente seguro donde ocultarse, con el agravante que dichas conductas delictivas pueden ser generadas desde

⁹¹ MIRÓ LLINARES, Fernando, ob. cit., p. 172.

⁹² Cfr. COHEN, L.E. y FELSON, M., *Social change and crime rate trends: a routine activity approach*, en “ASR”, vol. 44, Agosto 1979.

cualquier parte del mundo y trascender las fronteras en cuanto a la multiplicación del efecto del daño causado. Frente a ello, el agresor puede adoptar diferentes perfiles y personajes virtuales, lo que le genera una sensación de falta de riesgo de ser individualizado⁹³.

Ahora bien, no podemos desconocer que el papel que juega la víctima es vital. No hay agresor si no hay potenciales víctimas. De hecho, un crimen puede ser evitado si la víctima no entrega información de sus bienes jurídicos al agresor, pues desaparece el objetivo concreto sobre el que se dirige consistente en la vulneración de algún o algunos de aquellos bienes (intimidad, patrimonio, honor, libertad sexual, etc.).

Así pues, la introducción de elementos e información en Internet por parte de la víctima facilita y estimula al agresor para que continúe con su plan delictivo, con el riesgo que conlleva para los navegantes y usuarios de Internet y redes sociales.

Tampoco existe un guardián capaz de evitar la comisión delictiva; y eso el agresor lo sabe, y ello le alienta a continuar su plan en la medida en que le transmite confianza en las dificultades para ser individualizado.

Es dificultosa la existencia de un instrumentario eficaz e institucional que prevenga la comisión de conductas antijurídicas en el ciberespacio; y ello provoca aun mayor vulnerabilidad y riesgo para potenciales víctimas.

⁹³ MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y Criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 170 y ss.

A ello se suma que la constante evolución de la tecnología deja inmediatamente obsoleto todo mecanismo de control dirigido a proteger a las víctimas, y dicha evolución es directamente proporcional con las nuevas modalidades delictivas que van surgiendo en el espacio virtual.

Se ha aludido⁹⁴ a los “modelos de oportunidad”, entendiendo por tales aquellos que vinculan la victimización al estilo de vida arriesgado de la víctima potencial, así como a las oportunidades que las actividades rutinarias cotidianas de la sociedad actual favorecen al ofensor ofreciéndole una amplia gama de situaciones victimógenas.

En el primer caso, partiendo de constataciones empíricas, se observa que la victimización no es un riesgo aleatorio, ni se reparte por igual entre todos los ciudadanos, sino que más bien es un riesgo selectivo: hay espacios y períodos de alto riesgo y víctimas potenciales más o menos vulnerables. En consecuencia, el riesgo de la victimización no depende de factores personales de la víctima, sino sociales: del estilo de vida que se define a partir de las actividades cotidianas, profesionales, de ocio, etc., moldeado por fuerzas sociales en forma de expectativas de rol y construcciones estructurales. La probabilidad de ser victimizado depende del grado de exposiciones a lugares y horarios de riesgo, así como de las interacciones con individuos potencialmente delictivos, modulando ambas

⁹⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, ob. cit., pp. 143 y ss.

variables el concreto estilo de vida, pero la repercusión de la victimización será más acusada por su menor nivel adquisitivo⁹⁵.

Por lo expuesto, es muy importante que los posibles damnificados tomen conciencia de las implicancias que acarrea introducirse en el ámbito virtual, interactuar con desconocidos, dar a conocer información y los datos que conforman el núcleo más íntimo y privado.

Concienciar, informar sobre las eventuales consecuencias, formar en seguridad informática, son algunos de los tantos puntos fundamentales a los que se debe acudir para prevenir que los crímenes se consumen en los entornos digitales.

Si ello no ocurre, la conducta de la víctima determinará de manera significativa el riesgo criminal a que se encontrará sometida; ya sea poniendo a disponibilidad de terceros peligrosos de sus bienes preciados relacionados con su patrimonio, intimidad, privacidad, libertad, etc., como al elegir las actividades sociales y personales que realiza en Internet; y los lugares que visita y contactos que genera; definiendo, en consecuencia, el ámbito de oportunidad delictiva⁹⁶.

⁹⁵ HERRERA MORENO, Myriam, *La discriminación de la mujer por razón de género*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 97, analizando las tesis de Hindelang, Gottfredson y Garofalo, citadas en García-Pablos de Molina, Antonio, ob. cit., p. 144.

⁹⁶ MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y Criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 195, advierte: “es esencial comprender que el cibercrimen como evento tiene mucho que ver con las decisiones que adopta la víctima en su día a día, con sus actividades cotidianas y con la (escasa) percepción del riesgo de las mismas. El objetivo debe ser, por tanto,

Si se acota o se pone trabas a la libertad -cómoda- de actuar y lesionar bienes jurídicos en el ciberespacio, se impactará sobre la percepción del agresor acerca de la dificultad en lograr su objetivo y de ser individualizado por las autoridades judiciales, lo que podría incidir en la decisión de cometer el ataque. Entonces, la adopción de medidas de protección y la toma de conciencia por parte de víctimas pueden desalentar y reducir su actividad criminal.

Así, la prevención del delito es un problema de todos, comunitario, no exclusivamente reservado al estado ni a las instancias de control social formal o informal.

Como consecuencia de la evolución social, se observan inequívocos cambios que afecta relevantemente a la eficacia de los mecanismos tradicionales del control social. Por ello, las estrategias convencionales de prevención deberán complementarse con otras, rutinarias, asociadas a los estilos de vida, hábitos y costumbres y actividades rutinarias del individuo. Siendo el riesgo de victimización un riesgo diferencial, selectivo, no cabe duda que una elemental actitud de cuidado y vigilancia, de responsabilidad y cautela, por parte de la víctima potencial en determinadas situaciones mitigará sensiblemente aquél con éxitos preventivos muy relevantes⁹⁷.

mejorar su protección, como forma de, en términos de prevención situacional, aumentar el esfuerzo necesario para la realización del delito”.

⁹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, ob. cit., pp. 602 y ss.

Si abordamos lo analizado desde la perspectiva de la problemática objeto de investigación, podríamos sostener que la aparición de Internet facilitó la comisión de nuevas y múltiples conductas -lícitas e ilícitas-. Ello también trajo aparejado una nueva concepción del verdadero significado y diferencia entre lo íntimo, lo privado y lo público.

La doctrina efectúa esta diferenciación, e incluso en ocasiones agrupa aspectos de los dos primeros bajo la expresión privacidad⁹⁸. Se señala⁹⁹ que la esfera privada de lo íntimo abarca determinados ámbitos que al fin interesan prioritariamente al Derecho, que ha de intervenir con el fin de garantizar su preservación: lo privado se encuentra en un espacio reservado a cierto tipo de situaciones o relaciones entre personas, donde la selección de los participantes de ese espacio va a depender de la libre decisión de cada individuo y sus límites, del contexto cultural y social en el que tiene lugar. Lo público se caracteriza por la libre accesibilidad de los comportamientos y decisiones de las personas en sociedad¹⁰⁰.

⁹⁸ NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 334.

⁹⁹ GARZÓN VALDEZ, Ernesto, *Privacidad y publicidad*, “Revista jurídica de la Universidad de Palermo”, Derecho a la Privacidad, Sela, Buenos Aires, 1998-1999, p. 7.

¹⁰⁰ GARIBALDI, Gustavo, *Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito: su incidencia en el Derecho penal y los principios constitucionales*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 81.

Trazar esta diferencia es importante en la actualidad, pues el acceso y el uso de las nuevas tecnologías informáticas han venido a desdibujar el verdadero y tradicional sentido de aquélla.

III.- La indebida revelación de imágenes y grabaciones íntimas obtenidas con consentimiento, como una posible forma de violencia de género

La comunicación, como finalidad de las nuevas tecnologías, favorece en el ámbito de las relaciones personales, en especial, en las relaciones de pareja, el surgimiento de un espacio en el que se ha incrementado el número de delitos, que inciden en bienes jurídicos singularmente conectados con este tipo de relación: el honor, la intimidad y la integridad moral.

Por lo general, se trata de conductas en desmedro de la mujer: insultos, gritos, desprecios, humillación pública, amenaza, subestimación, etc., actos que se encuentran favorecidos por el entorno tecnológico, que hallan en el espacio virtual la posibilidad de creaciones de nuevas modalidades -también humillantes para la mujer- y que fortalecen el sometimiento de la mujer al hombre y el poder y control del hombre sobre la mujer.

El aumento de denuncias por hechos delictivos cometidos en el entorno de la pareja, se relacionan con conductas de acoso, amenazas, coacciones, en supuestos de rupturas de relaciones de pareja¹⁰¹.

Es frecuente que en las relaciones de pareja se facilite las contraseñas del teléfono celular, de la computadora, del correo electrónico, o que se autorice la toma de imágenes con carga erótica o sexual, en la confianza que se respetará el deseo manifestado de que sólo se haga uso para un momento concreto y, siempre que persista la relación de pareja y confianza.

En este contexto, se comienza a advertir una nueva modalidad de comportamiento relativo a la difusión -no consentida- de imágenes íntimas cuando las mismas se han obtenido con anuencia de la víctima, siendo de vital importancia analizar el alcance y límite del consentimiento.

El riesgo de que los actos privados que se realicen junto a otros sean difundidos es real; pues el entorno digital, a diferencia del mundo analógico, favorece una rapidez en la difusión y una multiplicidad de destinatarios, lo cual supone un importante nivel de incremento de lesión al bien jurídico. No es lo mismo que un sujeto relate una aventura sexual a un grupo de amigos a que difunda o publique masivamente la grabación del acto íntimo.

¹⁰¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado 2012. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.fiscal.es/documentos/memoriasdelafiscalia>

Es lógico pensar que quien asiente un acto sexual en un ámbito ajeno a terceras personas, tiene una expectativa de confidencialidad y privacidad con relación a la reserva que se vaya adoptar a su respecto; salvo que ambos sujetos concernidos decidan hacerlo público: si ello no ocurre y no hay motivo válido para que sea publicado, dicho acto queda dentro de la esfera de la intimidad.

Si bien no se puede descartar que sea el hombre víctima de este tipo de hechos, lo cierto es que la realización de esta conducta típica afecta en su amplia mayoría a las mujeres. Es un claro exponente de la reproducción de patrones culturales discriminadores según los cuales la exposición de la actividad íntima, sexual o erótica, en general, al hombre no lo desprestigia socialmente, pero a la mujer sí.

El contexto puede ser variado, pudiendo traer causa de diversos factores: así, venganza por ruptura de pareja, en la que la publicación de un acto sexual trata de plasmar el sentimiento de poder y control del hombre sobre la mujer; pero asimismo la conducta aludida puede ser parte de un plan de maltrato hacia la mujer -amenazas, seguimientos, humillaciones públicas, etc.-, que se completa con la difusión de imágenes tomadas en un ámbito de privacidad y que el despechado decide compartirla en redes sociales sin la anuencia de su ex compañera.

También puede ocurrir que quien difunda los actos sexuales privados sea uno de los miembros de la pareja, que actúa para demostrar a sus

amigos y conocidos sus habilidades sexuales, o bien para identificar a la mujer con quien mantuvo una relación sexual.

Además cabe la posibilidad de que el objeto sea remitido a un solo amigo en total confianza de que sólo él será su destinatario, y el mismo decide publicarlo de forma que lo haga llegar a infinidad de personas conocidas y desconocidas.

Ello permite tomar conciencia de que un simple *click* puede cambiar la vida de las personas, en razón de la exposición de su intimidad ante la sociedad; pues lo que ya se encuentra alojado en la red no es de nadie y es de todos.

El ataque será personalizado y, al mismo tiempo, potencialmente masivo. Los casos reportados son dramáticos para las víctimas, algunas de las cuales llegaron a suicidarse o fueron pasibles de graves daños psicológicos y vieron su vida familiar y laboral arruinada¹⁰².

Trae aparejado consecuencias nocivas tanto en el ámbito laboral; si se está buscando trabajo; como también si son personalidades públicas; o bien si toman conocimiento de lo sucedido sus hijos, su familia.

Allí está, en la red, al alcance de todos los que quieran verlo. Son cada vez más los ejemplos de estas situaciones en todo el mundo, y su

¹⁰² VARGAS DE BREA, Paula, *La regulación de la pornografía no consentida, libertad de expresión e Internet*, CELE, Bs. As., 2015.

notoriedad e impacto ha sido reconocida por los reguladores, el sector privado que presta servicios de Internet, y la sociedad.

Mary Anne FRANKS ha elaborado una *Guía para Reguladores* en la que afirma: “Tantos como 3000 sitios web publican pornografía de venganza y ese material íntimo es asimismo ampliamente distribuido sin consentimiento a través de redes sociales, *blogs*, *e mails*, mensajes de texto. La *Cyber Rights Initiative* es contactada por un promedio de 20-30 víctimas cada mes. La tecnología y las redes sociales han permitido a los abusadores *crowd source* su acoso y también a los individuos sin escrúpulos aprovecharse de ello¹⁰³”.

Las imágenes sexuales publicadas sin consentimiento, y sus variantes relacionadas con el acoso a través de los medios tecnológicos, han sido abordadas, también, como un problema de género en todas las jurisdicciones de los sistemas normativos en los que tal conducta ha sido incriminada.

De acuerdo a las estadísticas disponibles, la publicación de material íntimo sin anuencia de la víctima que consintió su grabación representa una problemática que afecta más a mujeres que varones¹⁰⁴.

¹⁰³ FRANKS, Mary Anne, *Drafting an Effective Revenge Porn Law: A Guide to Policymakers*, en End Reveng Porn, 17/6/2015. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.endrevengeporn.org/guide-to-legislation/>

¹⁰⁴ DAVIS, Caroline, *Revenge Porn cases increase considerable, police figures reveal. Two-thirds of incidents involved women under 30, with suspects mainly former*

No puede ponerse en duda que, históricamente, la víctima del delito sexual ha sido, en un alto porcentaje, la mujer. Actualmente, y con las nuevas modalidades de conductas con connotación sexual ayudadas por la tecnología, la mujer continúa ocupando un lugar de preferencia para quienes cometen estos delitos.

Lo expuesto implica que el cambio normativo de los ordenamientos jurídicos no fue acompañado por una transformación igual de profunda y radical en las relaciones sociales: la realidad empírica de los delitos sexuales o con connotación sexual sigue siendo absolutamente asimétrica en cuanto al sexo, pues siguen siendo los hombres quienes cometen la gran mayoría de este tipo de infracciones penales.

Los delitos de carácter sexual siguen siendo cometidos por hombres contra mujeres. Sin embargo, no hay ninguna distinción típica en función del sexo en la regulación penal, a diferencia de lo que ha sucedido recientemente con la llamada violencia de género.

Se ha señalado¹⁰⁵ que “el grave problema que nos atenaza no se soluciona sólo desde la actuación sancionadora o regresiva de conductas

partners. There were eight female complaints to every male. <http://www.theguardian.com/technology/2015/jul/15/revenge-porn-cases-increase-police-figures-reveal>.

¹⁰⁵ TIRADO MÁRQUEZ, Rafael, *Violencia de género: Regulación legal actual. Violencia psicológica. Valoración de la prueba. Propuestas de futuro*, Ponencia presentada en el Curso de “Experto Universitario en Victimología” (Director: Miguel Polaino Navarrete), Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Universidad de Sevilla, 29 de abril de 2005, p. 15, citado por POLAINO NAVARRETE, Miguel, *La Ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces, y sombras*, en Juan BURGOS LADRÓN DE GUEVARA

que evidentemente merecen todo el reproche penal y el castigo punitivo, sino que la raíz del problema es la educación machista, la forma en que se nos ha educado durante siglos a hombres y mujeres. La dignidad y la integridad del ser humano está también cuestionados, siendo anuladas y menospreciadas cada día con los actos de violencia que se ejercen sobre la mujer, sea física, psicológica o sexual, o en cualquier otra forma. No se discute que también merezcan una protección integral otros colectivos - como menores, ancianos, inmigrantes, discapacitados, etc.-, pero la violencia que se ejerce en la actualidad contra la mujer, como una forma clara de discriminación y de perpetuación de sometimiento al hombre, requiere la acción positiva de los poderes públicos, incluso en el ámbito penal y procesal, así como su clara distinción respecto de la violencia doméstica que puede ejercerse sobre otras personas que conviven o han convivido el ámbito espacial”.

El hecho de que la víctima de la violencia sexual sea frecuentemente la mujer ha llevado a países de América Latina a utilizar, como sinónimos, las expresiones “violencia de género” y “violencia contra la mujer”.

Las nuevas modalidades delictivas que han ido surgiendo a lo largo del tiempo, relacionadas con lo que podríamos llamar acoso sexual, llevan

(coord.), *La violencia de género: aspectos penales y procesales*, Universidad de Sevilla - Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 6 y ss.

a proteger bienes jurídicos individuales o colectivos que se determinan en el contexto de la realidad social.

La realidad social actual influye en las libertades individuales y, en consecuencia, la elección de la libertad sexual como objeto de tutela del Derecho penal se relaciona con una determinada percepción de lo que supone la dimensión sexual en la vida humana de la función que le corresponde asumir al Derecho penal en ese campo. En consecuencia, no se elimina el contenido ético del Derecho penal sexual y las conductas señaladas no se agotan en un ataque a la libertad de las personas, ni a la estricta libertad sexual, sino que trascienden la garantía constitucional de la dignidad humana¹⁰⁶.

La importancia de los bienes jurídicos involucrados (vida, salud, libertad, honor, intimidad, dignidad humana, etc.), así como la gravedad de la conducta y su ámbito de ocurrencia que la ubica en un terreno de típico supuesto de violencia contra la mujer hacen que el acoso y los nuevos supuestos de actos con connotación sexual adquieren una incuestionable relevancia social, habiendo sido incorporada esta problemática en las legislaciones de algunos países y estando pendiente su tratamiento en tantas otras legislaciones, como veremos más adelante.

¹⁰⁶ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital*, Ed. Astrea, Bs. As., Argentina, 2016, pp. 19 y ss.

Estudios científicos han resaltado diferentes tipos de violencia, pues la típica violencia física oculta a veces otras formas de violencia que no se ven pero son también destructivas, como la violencia emocional, económica, sexual, y generan tanto o más daño que la violencia física.

Todas estas formas de maltrato tienen un factor común, consistente en el abuso de poder o de la autoridad, socialmente aceptado, que el hombre posee sobre la mujer.

Existen diferencias y opiniones en relación a la terminología, a la conceptualización y precisión de las expresiones “violencia de género”, “violencia contra la mujer”, “violencia doméstica”, “violencia familiar”, que en ocasiones suelen utilizarse indistintamente en el idioma castellano.

Cuando hablamos de violencia “de género”, nos referimos a la violencia contra la mujer perpetrada por razón de su género.

La *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*¹⁰⁷ conforma el Instrumento Internacional relativo a la cuestión de género, condenando expresamente la discriminación contra la mujer, y comprometiendo a los Estados firmantes a consagrar el principio de igualdad entre el hombre la mujer y a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar a las mujeres el ejercicio pleno y el goce de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en

¹⁰⁷ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979.

igual condición que con el hombre. El *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*, que controla la ejecución de dicha Convención, incluyó expresamente la violencia de género como un acto de discriminación contra la mujer¹⁰⁸.

La Convención citada exige a los Estados Parte que adopten las medidas adecuadas para “modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o las funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (artículo quinto).

La violencia de género es, en esta normativa, “violencia contra la mujer”, equiparación que surge de su propio contenido al señalar en el artículo primero que “la expresión discriminación contra la mujer denotará toda la distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto otro resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

¹⁰⁸ Recomendación General 19, XI periodo de sesiones, junio de 1992.

Por su parte, otro instrumento de carácter internacional es la *IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la mujer*, celebrada en Beijing el 15 de septiembre de 1995, y aprobada en la 16ª sesión plenaria, estableciendo el sentido de la violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en el género, como una manifestación desigual de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, y como una interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo; afirmando que los derechos humanos de las mujeres y de las niñas son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales, constituyendo una prioridad para los gobiernos y las Naciones Unidas el disfrute de pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para mujeres y niñas¹⁰⁹.

En la Conferencia y en la Convención Internacional citadas, se emplea la expresión “violencia de género” como equivalente a “violencia contra la mujer”¹¹⁰.

A nivel europeo, en el marco de la Ley orgánica española 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, cuyo texto, en la parte dogmática, no contiene una definición de violencia de género, pero sí la menciona en la Exposición de Motivos, al señalar: “la violencia de género es una violencia que se dirige sobre las mujeres por el

¹⁰⁹ www.un.org/es/development/devagenda/gender.shtml

¹¹⁰ www.un.org/es/development/devagenda/gender.shtml

hecho mismo de serlo; por ser consideradas por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”; estableciendo el artículo 1.1 que la ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”¹¹¹.

Por primera vez la expresión “violencia de género” es empleada por esta Ley en el sistema jurídico español, pero de la propia Exposición de Motivos de la misma y de su articulado se deduce que, para esta normativa, “violencia de género” es igual a “violencia contra la mujer”¹¹²; esto es, una forma de violencia que no sólo comprende las de carácter físico y psicológico, sino también las agresiones a la libertad sexual de la mujer.

Esta ley comprende un concepto amplio de violencia de género incluyendo las agresiones a la libertad sexual, lo que permite percibir a los delitos sexuales perpetrados en contra de las mujeres como “delitos de género”.

¹¹¹ Gobierno de España, BOE-A-2004-21760

¹¹² RUBIO, Ana M., *La ley integral*, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.), *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 141.

Al respecto se ha destacado¹¹³ la necesidad de incorporar a las legislaciones penales una circunstancia agravante de género para las agresiones sexuales, ya sea en la modalidad que implica el ejercicio de violencia física o psíquica, como así también en aquellas otras que no lo presuponen, como por ejemplo las diversas situaciones de acoso o de hostigamientos a que son sometidas las mujeres en sus relaciones interpersonales, si el hecho fuera cometido “mediando violencia de género”, las cuales podrían quedar incluidas en las agravantes de los tipos penales referidos a agresiones sexuales, como agravante específica de una conducta de acoso hostigamiento, o bien como una circunstancia agravante genérica modificativa de la responsabilidad penal¹¹⁴.

La expresión terminológica de “violencia de género” no está exenta de crítica por parte de la doctrina.

El origen del término (traducción literal del inglés *gender-based violence o gender violence*) proviene de su empleo en el *Congreso sobre la mujer celebrado en Pekín en 1995*, auspiciado por Naciones Unidas, en el que se identificó con la violencia, tanto física como psicológica que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como producto de la tradicional situación de sometimiento al hombre en las sociedades que posee una estructura patriarcal.

¹¹³ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital*, Ed. Astrea, Bs. As., Argentina, 2016, pp. 39 y ss.

¹¹⁴ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, ob. cit., pp. 45.

A este respecto, se ha señalado que “el equívoco lingüístico proviene del error que traducir literalmente *gender* por género, sin percatarse de que la acepción a que hace referencia el vocablo inglés *gender* se corresponde con el español *sexo*, pero no con el español *género*. Es decir, la palabra *gender* tiene, al margen de otras acepciones (por ejemplo: la de género gramatical), el significado de *sexo*. El informe de la Real Academia Española afirma que dicho uso traslaticio de *gender*, como sinónimo de *sexo*, documentado desde antiguo, sin duda nació del empeño puritano en evitar este vocablo. En español no se ha producido dicha extensión semántica, salvo por traducción incorrecta del término *gender* como *género* para referirse al *sexo*. Por ello, *gender* ha de ser correctamente traducido por género (gramatical) en relación con las palabras, y por *sexo* con relación a los seres vivos¹¹⁵.

En suma, las palabras tienen género (no sexo), mientras que en los seres vivos tienen *sexo* (y no *género*)¹¹⁶. En inglés, *gender* significa *sexo*, y en español y en muchas lenguas más, *gender* es género gramatical¹¹⁷.

¹¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo*, en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor, México, 2008, p. 118.

¹¹⁶ BUOMPADRE analiza la explicación de la Real Academia Española de la Lengua en el informe presentado al Gobierno español, en el que se propone el cambio de denominación del proyecto de ley contra la violencia de género de 2004. En ese informe se señaló que la palabra “género” tiene en español los sentidos generales de “conjunto de series establecido en función de características comunes” y “clase o tipo”. En gramática significa propiedad de los sustantivos y de algunos pronombres, por la cual se clasifican en masculinos, femeninas y, en algunas lenguas, también en neutros.

Así pues, se advierte que constituye un error traducir la expresión *gender violence* como “violencia de género”, y por eso es un sinsentido identificar esta última expresión con la de “violencia contra la mujer”, porque el género puede ser femenino o masculino y, además, no se predica de seres vivos sino de palabras. La traducción correcta en castellano de *gender violence* es “violencia de sexo o sexista”, en tanto que en la violencia la ejercen las personas y no las entidades gramaticales¹¹⁸.

En consecuencia, la expresión “violencia doméstica o familiar” alude a una posición de superioridad por parte de un miembro de la familia hacia otros, que puede usar su pareja, sus hijos, su padre, etcétera.

Dicha violencia se ejerce con la finalidad de mantener una situación de dominación, de sometimiento o de control, y se manifiesta en un ámbito doméstico en el que sus miembros aparecen como personas vulnerables.

Para designar la condición orgánica, biológica, por la cual los seres vivos son masculinos o femeninos, debe emplearse el término *sexo*; mientras que con la voz *sexo* se designa una categoría meramente orgánica, biológica, con el término *género* se ha venido aludiendo a una categoría socio cultural que implica diferencia o desigualdades de índole social, económica, política, laboral, etc. Para que la ley integral incluya en su denominación la referencia a los casos de violencia contra la mujer como ejercida por parte del novio o compañero sentimental con el que no conviva, podría añadirse “por razón de sexo”. Con lo que la denominación completa más acertada sería “ley integral contra la violencia doméstica o por razón de sexo” ([www. Medtrad.org/panacea.htm](http://www.Medtrad.org/panacea.htm)). Vid. BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital*, Ed. Astrea, Bs. As., Argentina, 2016, p. 49.

¹¹⁷ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, ob. cit., p. 48.

¹¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo*, en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor, México, 2008, pp. 119 y ss.

En cambio, “la violencia de género o violencia hacia la mujer” significa especialmente el desprecio hacia la mujer por el solo hecho de serlo, por considerarla carente de derechos, y se la rebaja a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera¹¹⁹.

El agresor es quien hace publicidad a la mujer mediante el ejercicio de la violencia, es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón al amparo de las pautas culturales dominantes para mantenerla bajo su control absoluto¹²⁰.

Otros autores sostienen, sin embargo, que violencia de género es aquella que se desarrolla en situaciones de convivencia familiar o análoga, y no la que tiene por víctima a una mujer, puesto que también puede ser víctima de esta clase de violencia una persona vulnerable cualquiera fuere su sexo: así, se ha afirmado que el término *género* no excluye a los hombres, sino que hace referencia a que la violencia se ha producido por razón de sexo de la persona agredida, por lo que también será violencia de género la producida por la mujer al hombre¹²¹.

¹¹⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *La violencia doméstica en la legislación española. Especial referencia al delito de maltrato habitual (art.173.2 del Código penal)*, “Revista de Estudios de la Justicia”, nº 12, p. 97.

¹²⁰ LAURENZO COPELLO, Patricia, *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 5.

¹²¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos contra las personas: Violencia doméstica y de género*, en CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG / GOMEZ MARTÍN (coord.), *Nuevas tendencias en Política criminal*, Reus, B de F, Madrid - Bs. As., pp. 142 y ss.

En consecuencia, analizando comparativamente las disposiciones normativas¹²², con independencia de la orientación que pudieron haber seguido estas previsiones y de la denominación específica empleada para definir la violencia en el ámbito de las relaciones interpersonales¹²³, se puede afirmar que las dos categorías normativas a las que se ha hecho referencia¹²⁴ antes señaladas se refieren a determinados patrones de conducta que se resumen de la siguiente manera: “la violencia familiar” se refiere al marco de las relaciones familiares domésticas y está representada por el empleo de fuerza física, sexual o psicológica, u otros comportamientos violentos entre miembros de un determinado grupo familiar; mientras que “la violencia de género o contra la mujer” implica también cualquier acto de violencia físico, sexual, psicológico, patrimonial, etc. que incidan sobre la mujer por razón de su género, basado en la discriminación, en las relaciones de desigualdad y de poder asimétrico

¹²² Se ha manifestado en sentido crítico con las aludidas previsiones legales ACALE SÁNCHEZ, María, *Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal*, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 108 y ss.

¹²³ *Vid.*, especialmente, POLAINO-ORTS, Miguel, *Sobre el injusto de la violación en la pareja*, en “Cuadernos de Política Criminal”, N° 87, Madrid, 2005, pp. 128 y ss.

¹²⁴ *Vid.*, sobre la problemática, especialmente, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo*, en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores editor, México, 2008, pp. 123 y ss.

entre los sexos quedando subordinada la mujer, sea en la vida pública o en la privada¹²⁵.

En lo referente al tipo penal en estudio, la pornografía no consentida, entendida como la publicación de imágenes y videos tomados con anuencia de la víctima y posteriormente publicado sin su consentimiento, como así también otras variantes del ciberacoso, han sido abordadas en todas las jurisdicciones en la que ha sido regulada. De acuerdo a las estadísticas disponibles, la pornografía no consentida es una problemática que afecta más a mujeres que a varones, lo que se explica fácilmente por su connotación sexual¹²⁶.

La utilización del sexo como método de privación de la dignidad es típica de los parámetros machistas de violencia y discriminación. Paulatinamente, distintos documentos de organizaciones internacionales comenzaron a incorporar al mal uso de las tecnologías el estudio de políticas contra la violencia de género.

Por ejemplo, en la 57^a *Reunión de la Comisión de la condición de la mujer (2013)* se urgió a los gobiernos y a las partes interesadas relevantes,

¹²⁵ GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *La acción legislativa para erradicar la violencia de género en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 25.

¹²⁶ DAVIS, Caroline, *Revenge Porn cases increase considerable, police figures reveal*, en The Guardian, 16 de Julio de 2014: “Two-thirds of incidents involved women under 30, with suspects mainly former partners. There were eight female complainants to every male” (“Dos tercios de los incidentes involucra a mujeres de menos de 30 años de edad, siendo sospechosos mayoritariamente sus ex parejas. Por cada ocho reclamos iniciados por mujeres hay un reclamo de un hombre” (*Traducción propia*). <http://www.theguardian.com.technology/2015/jul/15/revende-porn-cases-increase-police-figures-reveal>.

como a algunos sectores privados, a “desarrollar mecanismos para combatir el uso de las *TICs* para el acoso sexual, explotación sexual, pornografía infantil y tráfico de mujeres y niñas, incluyendo el uso del delictivo de las *TICs* para acoso sexual, explotación sexual, pornografía infantil y tráfico de mujeres y niñas, y las formas emergentes de violencia como ciberacoso, *ciberbullying*, y violaciones a la privacidad que ponen en riesgo la seguridad de mujeres y niñas”¹²⁷.

También, en el año 2013, la *Asamblea General de Naciones Unidas* adoptó por consenso una resolución que señala lo siguiente: “las violaciones relacionadas con las tecnologías de información, los abusos y la violencia contra las mujeres, incluyendo los defensores de los derechos humanos de las mujeres, tales como acoso online, ciber-acecho, violaciones a la privacidad, censura y hackeo de e-mails, teléfonos móviles y otros aparatos electrónicos, con el objetivo de desacreditarlas y/o incitar a otras violaciones y abusos contra ellas, son de creciente preocupación y la manifestación de la discriminación sistémica basada en el género, que requiere de respuestas efectivas compatibles con los derechos humanos”¹²⁸.

¹²⁷ United Nations, 57th Commission on the Status of Women (March 2013), urged governments and relevant stakeholders to: “...develop mechanisms to combat the use of ICT and social media to perpetrate violence against woman and girls, including the criminal misuse of ICT for sexual harassment, sexual exploitation, child pornography and trafficking in women and girl, and emerging forms of violence such as cyber stalking, cyber bullying and privacy violations that compromise women’s and girls’ safety”. [http://un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/csw57_agreed_conclusions_\(csw_report_excerpt\).pdf](http://un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/csw57_agreed_conclusions_(csw_report_excerpt).pdf).

¹²⁸ United Nations, Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013, A/Res/68/181.

Asimismo el reporte sobre *Ciberviolencia contra mujeres y niñas: un llamado a la acción global*, elaborado por la Comisión de banda ancha de Naciones Unidas para el desarrollo digital (2015), convoca a interpretar la CEDAW “bajo el lente del siglo XXI”¹²⁹. Más recientemente, la Directora Ejecutiva de la ONU Mujeres mencionó los “mensajes de texto abusivos” entre los casos de crímenes y abusos contra las mujeres¹³⁰.

En conclusión, la violencia contra las mujeres es la manifestación de la discriminación por género. En particular se considera que la violencia sexual incluye la violencia física y la psicológica ocurrida en contextos en los que el sexo es la excusa para humillar a la víctima, y que la pornografía no consentida encuadra dentro de la violencia de género de tipo sexual.

Pero si se quiere entender qué motiva y posibilita esta violencia en particular, el género es una lente imprescindible para eso. Vale entonces revisar qué clase de actos puede ser entendido como violencia de género producida utilizando las tecnologías de la información.

Una de las problemáticas conectadas con la violencia de género tiene relación con la difusión, sin el consentimiento de la víctima, de imágenes o

¹²⁹https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf

¹³⁰ Declaración de la Directora Ejecutiva de la ONU Mujeres, Phumzile Mlambo-Ngcuka, para el Día Internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer: “imaginen lo diferente que sería el mundo para las niñas de hoy en día si pudiéramos evitar el matrimonio precoz y la mutilación genital femenina, la inacción frente a la violencia doméstica, los mensajes de texto abusivos, la impunidad de los violadores, la esclavización de las mujeres en las zonas en conflicto, el asesinato de defensoras y defensores de los derechos humanos de las mujeres, o la hostilidad a la que se enfrentan las mujeres en las comisarías o en los tribunales cuando da testimonio de la violencia sufrida”, 20 de noviembre de 2015.

videos en que aparece desnuda o realizando algún acto sexual. Los ejemplos cada vez son más numerosos; y algunos han sido ampliamente reportados por los medios de comunicación bajo la denominación de “pornografía de venganza”.

Las particularidades del caso pueden variar en algunos detalles: las víctimas puede ser desde actrices, políticas, hasta mujeres que carecen de un perfil público. Los agresores son ex parejas o personas desconocidas, aunque predominan los agresores que conocen personalmente a las víctimas. Las filtraciones y publicaciones se han dado a través de celulares y páginas de *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, etc.

Varios ejemplos a nivel internacional podemos mencionar, que tuvieron inimaginables consecuencias para las víctimas.

El caso de *Ruby* es el de una modelo y actriz de las Filipinas que había tenido una relación corta con un hombre. Un año después de haberlo conocido, un reportero le advirtió que se iba a publicar un video en el que la víctima aparecería teniendo relaciones sexuales con aquel hombre. Se difundieron tres videos distintos en línea que fueron descargados y se comenzaron a vender en *DVD*, además de haber sido viralizados en las redes sociales. Como resultado de la difusión, *Ruby* fue objeto de un escarnio incesante en las redes y llegó a perder múltiples oportunidades

laborales. Con el tiempo, se difundieron otros videos con contenido sexual del mismo autor con otras mujeres¹³¹.

Otro ejemplo es el caso de *Marta*, también de Filipinas, que era una política que resultó electa como Consejera Municipal. Se publicaron dos fotografías suyas en *Instagram*, en las que aparecía semidesnuda, y las imágenes de sus hijos fueron incorporadas a esas imágenes. Tanto la víctima como sus hijos sufrieron escarnio público¹³².

Otro caso es el caso de *Aisha*, una niña de Pakistán que cuando tenía 14 años inició una relación con un joven de 18 años. Dos amigos de éste los grabaron teniendo sexo. Posteriormente ese video fue utilizado para violarla, amenazándola con publicar esas imágenes si no se sometía¹³³.

Muchas veces no solamente se publican imágenes, sino que las mismas van acompañadas de datos personales de las víctimas, como su nombre, sus direcciones de correos, sus números telefónicos; en otras ocasiones, los agresores han fingido ser las víctimas, utilizando las imágenes para establecer contacto con otros hombres, haciéndoles creer que buscan una relación sexual que le diera dinero a cambio de video. Al

¹³¹ Genderlt.org. *A case study from the Philippines: An illicit video and one womans battle for justice*. http://www.genderit.org/sites/default/upload/case_studies_phil1_0.pdf

¹³² Genderlt.org. *A case study from the Philippines: An illicit video and one womans battle for justice*. http://www.genderit.org/sites/default/upload/case_studies_phil1_0.pdf

¹³³ Genderlt.org. *A case study from Pakistan: When a sex video is used as blackmail*. http://www.genderit.org/sites/default/upload/case_studies_pak3_0.pdf

no cumplir con la exigencia lo difundieron a través del *Bluetooth* a los celulares de otras personas¹³⁴.

El caso de *Holli Thometz*, en Estados Unidos, consistió en que, un mes después de terminar una larga relación con su novio, apareció en su propio perfil de *Facebook* una foto en la que estaba desnuda. Con el paso de los meses, comenzaron a aparecer más fotos y un video de ella junto con su nombre y correo electrónico, los que se viralizaron y llegaron a estar en más de 100.000 sitios de Internet. Como resultado de ello, la víctima se encontró forzada a cambiar su nombre, a dejar su trabajo —era una estudiante de doctorado y asistente docente— y a esconderse¹³⁵.

Es de mencionar el caso *M.B.* y su ex novio *Sean Sayer*. Después de que ella terminara la relación con él, Sean comenzó a acecharla en persona, acto por el que fue condenado. Luego, cambió de estrategia y comenzó a utilizar las redes sociales. Un día apareció un hombre en la casa de M.B., alegando que se habían conocido en línea y que ella había accedido a tener un encuentro sexual con él. Con el paso de los días, aparecieron más hombres en su casa, y finalmente descubrió que había un perfil de ella en el sitio de *Craigslist*, que incluía fotografías suyas, su dirección y una lista de actos sexuales que estaba interesada en hacer. Terminó por mudarse de

¹³⁴ GenderIt.org. *A case study from Pakistan: When a sex video is used as blackmail*. http://www.genderit.org/sites/default/upload/case_studies_pak3_0.pdf

¹³⁵ GenderIt.org. *A case study from Pakistan: When a sex video is used as blackmail*. http://www.genderit.org/sites/default/upload/case_studies_pak3_0.pdf

ciudad y, una vez ahí, volvieron a aparecer hombres en su casa. Se volvió cambiar de ciudad por segunda vez y ocurrió lo mismo.

Las imágenes sexuales sirven para efectivamente afectar la vida social, familiar y laboral de una mujer, porque son muestras de lo que, en muchas sociedades, se entiende que una buena mujer no debe ser.

Ese es el componente de género más evidente en los casos señalados; es la razón por la cual las imágenes que se difunden siempre son de contenido sexual.

El otro componente de género constante es que quienes difunden estas imágenes muchas veces son hombres que conocen a la víctima: hombres con los que tuvieron o tienen una relación sexual o afectiva. Es común que las imágenes se difunden una vez que las mujeres finalizan las relaciones sentimentales y, siguiendo los patrones típicos de la violencia, ésta se intensifica precisamente cuando se quiere terminar la relación.

De ahí que se haya calificado a este fenómeno como “pornografía de venganza”, pues las imágenes se difunden precisamente para vengar al hombre agraviado que ha sido abandonado por una mujer. De nuevo surge el componente de género: “una buena mujer no deja a su hombre”¹³⁶.

En algunos de estos casos, las imágenes fueron tomadas con el consentimiento de la víctima; en otros, no. Pero en todos ellos fueron

¹³⁶ GenderIt.org. *A case study from Pakistan: When a sex video is used as blackmail*. http://www.genderit.org/sites/default/upload/case_studies_pak3_0.pdf

difundidas sin su consentimiento. Esta violación a la privacidad de la víctima es una parte del problema, pero no todo.

Las imágenes se difunden precisamente por la concepción que se tiene de la sexualidad de una mujer en ciertas sociedades, y en consecuencia por el modo en que la misma será juzgada por los actos sexuales realizados y plasmados en aquéllas.

Ahora bien, es cierto que tanto estos casos que consisten en la publicación de imágenes o videos sexuales sin el consentimiento o anuencia de las víctimas, aun cuando sí consintieron su toma o grabación, como así también los casos de amenazas, hostigamientos y extorsión, a través de los medios informáticos, se relacionan con cuestiones de género y pueden llevarse a cabo en forma separada e individual. Nada impide en los hechos que todos los actos de violencia aludidos se desplieguen a la vez. Una ex pareja puede acceder ilegalmente a las cuentas de la víctima, obteniendo información privada; puede difundir imágenes sexuales de la víctima sin su consentimiento; puede monitorearla, amenazarla y ponerla en peligro utilizando la tecnología. Todo esto puede provenir de una sola persona; y, a la inversa, una víctima puede sufrir los efectos de muchos de estos actos provenientes de diferentes personas.

Ello no significa que cualquier ataque a una mujer se relacione por la condición de mujer. Toda la violencia debe ser debidamente atendida por el ordenamiento positivo; el punto es entender cada caso particular. De ahí

que la lente del género, en la medida en que haga referencia a la mujer victimizada por un comportamiento delictivo, sea importante en términos de políticas públicas y haya alcanzado en el momento presente una singular relevancia en la moderna Política criminal, lo que, por otro lado, no se refleja de una manera coherente en ciertas reformas penales producidas al respecto con afanes innovadores pero de manera infundada e irreflexiva.

IV.- Violencia de género y vulneración de derechos humanos

Cuando se utilizan herramientas digitales para cometer conductas relacionadas con la violencia hacia la mujer, se vulneran derechos fundamentales que ya se encuentran contemplados, no siendo, en principio, necesario el reconocimiento de otros derechos.

Uno de los derechos claves para hacer frente a la violencia es el de la no discriminación por razón de género, que protege a las personas frente a un trato diferenciado cuando éste tiene como motivo o guarda relación con la opción sexual de la persona afectada.

Lo expuesto representa una clara vulneración al derecho de la víctima, entendiéndose que el estado debería hacer algo al respecto.

Muchos de los casos en estudio tienen un trasfondo de género¹³⁷, en el que resalta el control o castigo a personas por salirse de los mandatos propios del género: mujeres que osan dejar a sus maridos; chicas que rechazan los avances de un hombre; mujeres que ejercen libremente su sexualidad, pero a las que los hechos convierten indefectiblemente en víctimas¹³⁸.

Permitir actos como los señalados permite perpetuar que las mujeres se queden en los roles y ocupen los espacios que tradicionalmente se les ha asignado. Podríamos afirmar que el derecho a la no discriminación por género es un derecho clave para justificar cualquier intervención en esta materia y que atraviesa los múltiples casos señalados.

Otro derecho clave es la libertad de expresión en un sentido amplio. Uno de los impactos que tiene la violencia, especialmente el acoso y las amenazas constantes, es que las víctimas empiezan a moderar lo que

¹³⁷ Vid. WALKER, Leonore, E. *The Battered Woman*, New York, 1979, según la cual varios síndromes victimológicos han sido valorados para explicar realidades victimales ambiguas y comprometidas. El *síndrome de Estocolmo* se crea para explicar una paradójica reacción de aquella víctima de que evidencia un contraproducente apego hacia su secuestrador. De todas las construcciones forenses, la que suscita un más acentuado debate víctima-cultural es la relativa al *síndrome de la mujer maltratada*. La finalidad forense es sustentar una eficaz defensa legal de las mujeres maltratadas que matan a sus parejas-victimarios, tras haber soportado un largo maltrato. Este síndrome permite entender por qué las víctimas no escaparon de la situación opresiva, forzadas al aprendizaje del desamparo y a responder a la duración de su vínculo afectivo perverso, apagándose y debilitándose ante semejante impotencia.

¹³⁸ Vid. WALKER, Leonore, E. *The Battered Woman*, New York, 1979, loc. cit. Cfr. MORILLA FERNÁNDEZ, David, PATRO HERNÁNDEZ, Rosa María, AGUILAR CÁRCELES, Marta María, *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Madrid, 2015, pp. 482 y ss.

expresan, moderando también su uso de la tecnología y las redes de comunicación hacen privadas sus cuentas de redes sociales, y dejan de participar en el diálogo social.

Reconocer las implicaciones que tiene la violencia para la libertad de expresión es sumamente importante para analizar las soluciones que se le ofrece a la víctima.

No es legítimo que, para que cese la violencia, se haya de dejar de utilizar la tecnología con las redes sociales. El punto central radica, precisamente, en idear soluciones que no menoscaben su libertad expresión. Entonces todas las políticas públicas que se emprendan en esta materia tienen que estar orientadas a potenciar las libertades de expresión, especialmente de quienes quedan silenciadas o excluidas del debate por un abuso de la tecnología.

El derecho a la privacidad tiene una estrecha relación con los casos en los que se difunden datos personales o imágenes de naturaleza sexual sin el consentimiento de la víctima.

Este derecho se encuentra contenido en el artículo 11 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y en el artículo 17 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que explícitamente

establecen que nadie puede ser objeto de injerencia arbitrarias, abusivas o ilegales en su vida privada¹³⁹.

El derecho a la intimidad, en particular, a no ser conocidos por otros en ciertos aspectos de nuestra vida y a que cada sujeto pueda decidir revelarlos o no, es el reconocimiento del ámbito propio y reservado del individuo ante los demás, sean poderes públicos o particulares, que le garantiza el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a su persona.

La protección constitucional de la vida privada implica poder conducir parte de la vida de uno protegido de la mirada y las diferencias de los demás, y guarda conexiones con pretensiones más concretas: el derecho de poder tomar libremente ciertas decisiones relativas al propio plan de vida, el derecho a ver protegidas ciertas manifestaciones de la integridad física y moral, el derecho al honor por reputación, el derecho a no ser presentado bajo una falsa apariencia, el derecho a revelar su intimidad a los demás.

Hay quienes creen que la solución al problema de la difusión de imágenes sexuales no consentida es que las mujeres dejen de tomarse fotografías. Adoptar una política pública de este tipo no solamente no resolvería problema, sino que vulneraría el derecho a la vida privada, ya

¹³⁹ http://www.oas.org/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos

que requeriría la exigencia de que las personas dejen de cometer ciertos actos constitucionalmente protegidos -como tomarse fotografías eróticas-, porque algunas personas ilegalmente abusarán de ellas.

Cualquier política pública que se emprenda tiene no sólo que respetar este derecho, sino también protegerlo frente a quienes abusan de él. Claro que puede existir un conflicto entre la libertad de expresión que se produce al difundir esta información y el derecho a la vida privada de la persona relacionada con los datos y/o las imágenes son difundidas.

Un primer requisito para determinar si se violó o no el derecho a la vida privada tiene que ver por el carácter de la información que se difundió: si es de interés público o no.

Si volvemos al análisis de los ejemplos abordados más arriba, podríamos decir que la información no es de interés público; definiéndose esta última como la información que el público considera relevante para la vida comunitaria; lo cual haría posible argumentar que ni siquiera cuando la información es de figuras públicas se justifica difundir imágenes de naturaleza sexual, salvo que se demuestre que sean absolutamente necesarias para conocer un asunto de interés público.

Los casos en que las imágenes fueron tomadas con el consentimiento de las víctimas tampoco justifican invadir la vida privada de las mismas, toda vez que, seguramente, tenían una expectativa de confidencialidad cuando accedieron a ello en un ámbito privado y lejos de la mirada de

terceras personas. La expectativa es de confidencialidad, no de publicidad. De ahí su vulneración.

Asimismo, puede verse vulnerado el derecho de la víctima a no ser discriminado en su trabajo, pero ya no en razón de género, sino más bien si como resultado de las imágenes que se difunden y publican, podría perderse oportunidades laborales o, lo que es aún peor, que por aquellas publicaciones pierdan su trabajo, como de hecho ha ocurrido cuando dos médicas pediatras de un hospital municipal de la República Argentina formaron parte de un video con contenido sexual que fue masivamente publicado con posterioridad, alcanzando inmensa repercusión pública, y las autoridades del nosocomio le solicitaron a las médicas pediatras sus respectivas renunciaciones.

También se puede afectar a la víctima en su derecho a la protección de su vida familiar si, como resultado de aquella difusión, se cuestiona su calidad maternal, y se pone en riesgo la relación que tengan con sus hijos.

V.- La difusión de imágenes o vídeos íntimos de menores

Otra de las agravantes que contempla el art. 197.7 del Código Penal español es relativa a la hipótesis en que la víctima sea menor de edad, no distinguiendo si el autor, en estos casos, sea un adulto o un menor.

Lo cierto es que, si bien es absolutamente probable que sea un mayor quien difunda las imágenes o videos íntimos de un menor de edad sin consentimiento del mismo, considero que, en este caso, podríamos estar frente a una conducta de distribución de pornografía infantil; sin perjuicio de analizar en profundidad cada caso concreto, en principio, el *modus operandi* del autor, así como la continuidad de ejecución, podrían hacer que estas acciones encuadraran en tipos penales aún más graves.

A su vez, hoy es frecuente que los adolescentes y jóvenes, se filmen o fotografíen llevando a cabo actos íntimos, sexuales o eróticos, y luego, sean compartidos entre sus amigos, conocidos o contactos.

Más allá que aquí también existiría un caso de distribución de pornografía infantil, es indiscutible la falta de percepción del riesgo por parte de las víctimas.

Esos videos, esas fotografías, no solamente dejaron de pertenecer a la intimidad de los protagonistas para siempre, sino que además es probable que, una vez viralizadas al alcance de cualquiera, puedan ser captadas por pedófilos o *groomers* y que pasen a formar parte de la colección de material íntimo y sexual que acostumbran tener en su poder esta clase de delincuentes a los fines de ser intercambiadas, distribuidas, facilitadas o comercializadas a nivel internacional en redes de crímenes organizados.

El alcance del peligro es de poca dimensión, como se advierte en ejemplos como del epígrafe anterior hasta la individualización de los

adolescentes y jóvenes que aparecen en las fotos o videos íntimos, publicadas alegremente, para llevar a cabo conductas relacionadas con la trata de personas.

Este tema habrá de ser objeto de singular desarrollo en el ámbito de las figuras agravadas, en que se analizará su propio alcance y la imperiosa necesidad de elaborar planes de prevención para jóvenes, adolescentes, padres y docentes¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Título X del Libro II del Código Penal español: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, Capítulo I: Delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Art. 197.7, párrafo primero, del Código Penal, redactado conforme al texto de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

CAPÍTULO II

CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

I.- Delimitación

A raíz del surgimiento de las modernas tecnologías, y de la novedosa dimensión de un elevado número de conductas precisamente por su carácter transnacional, la sociedad aparece afectada por nuevos riesgos.

¿Debe intervenir el Derecho penal en una sociedad de riesgo? Las comunidades actuales son expresiones de una sociedad de riesgo. El Derecho penal no puede permanecer inmóvil, inmutable ante los cambios sociales y los avances tecnológicos. Al ser el Derecho penal parte de la sociedad, los cambios operados en ésta han de influir necesariamente en aquél. Sin embargo, el Derecho deseado por la sociedad no coincide a menudo con el Derecho realmente existente en la realidad normativa¹⁴¹.

La diferenciación entre uno y otro será materia de estudio en el siguiente epígrafe, habida cuenta de la relevancia de los sistemas normativos implantados y los que en el momento actual demanda la sociedad, ante la proliferación de nuevas técnicas tecnológicas que influyen de modo determinante en la comisión de determinados tipos de delito¹⁴².

¹⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, p. 66.

¹⁴² BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital*, Ed. Astrea, Bs. As., Argentina, 2016, pp. 7 y ss.

En este contexto, la adaptación del Derecho penal a las exigencias que plantea la sociedad de riesgo ha comportado en el sistema penal una serie de modificaciones¹⁴³, entre las que fundamentalmente se han descrito las siguientes¹⁴⁴:

- a) Progresiva anonimidad de los contactos sociales, lo que dificulta determinar el grado de responsabilidad de cada uno, como por

¹⁴³ Díez RIPOLLÉS, José Luis, *De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, “RECPC”, 7/1/2005, en CANCIO MELIÁ / GÓMEZ-JARA DIEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo*, vol. I, pp. 556 y ss.: El debate original sobre el Derecho penal de la sociedad del riesgo parte de la constatación de un conjunto de realidades sociales, que se podrían sintetizar en tres grandes bloques. Por un lado, la generalización en la sociedad moderna, de nuevos riesgos afectantes a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas; en concreto, serían consecuencias colaterales de la puesta en práctica de las nuevas tecnologías en muy diversos ámbitos sociales. Tales riesgos resultan de difícil anticipación y suele basarse en fallos, en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas. Por otro lado, se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas. A la ya citada problemática previsión de su aparición se añade la realidad de unas actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras, de manera que el control del riesgo no sólo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quién está; se hacen ineludibles criterios de distribución de riesgos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad. Finalmente en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la extensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico, y acompañar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva. En suma, todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socioestatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar tales temores, y a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la Política criminal.

¹⁴⁴ JAKOBS, Günther, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor, México, D.F., 2008; ID., *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

ejemplo los delitos donde interviene un gran número de personas fácilmente pueden ser reconocible¹⁴⁵.

- b) Aumento de la criminalización de comportamientos, mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva¹⁴⁶.
- c) Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión del bien jurídico, entre las que sobresalen los delitos de peligro abstracto¹⁴⁷.
- d) Anticipación del momento en que procede la intervención penal, tipificándose como delito los meros actos preparatorios, antes de competencia del Derecho administrativo, civil o laboral¹⁴⁸.
- e) Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales, entre las que se advierte un avance en el ámbito de los delitos

¹⁴⁵ JAKOBS, Günther, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor, México, D.F., 2008; ID., *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

¹⁴⁶ JAKOBS, Günther, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor, México, D.F., 2008; ID., *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

¹⁴⁷ CEREZO MIR, José, *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal de riesgo*, "Revista de Derecho Penal y Criminología", 2ª época, n° 10, 2002, p. 54.

¹⁴⁸ JAKOBS, Günther, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor, México, D.F., 2008; ID., *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

contra bienes jurídicos colectivos de acuerdo entre las partes, así como la aplicación de los criterios de oportunidad¹⁴⁹.

También se admite cierta flexibilidad en el principio de seguridad jurídica en cuanto a una menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos.

No hay duda que el Derecho penal debe modernizarse y poder brindar respuestas eficaces a las nuevas modalidades delictivas que aparecen en el siglo XXI. Las herramientas a utilizar para lograr tales respuestas no pueden ser las mismas que fueron aplicadas en el siglo XVIII para resolver otro tipo de conflictos.

Lógicamente que ello deberá desarrollarse con estricto respeto a las garantías emanadas del Estado de Derecho y sin extralimitar las comoetencias propias del mismo. Los actuales sistemas penales, pensados para otros puntos de conflictividad, son insuficientes para controlar las nuevas formas de criminalidad donde adquiere relevancia aspectos como la globalización y la transnacionalidad de dichas conductas, deviniendo fundamental la creación de una Política criminal que tienda a prevenirlas eficazmente.

En esta línea, se ha expresado que el Derecho penal debe esforzarse para asumir los nuevos problemas sociales; pues los avances científicos

¹⁴⁹ CEREZO MIR, José, *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal de riesgo*, “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 2ª época, n° 10, 2002, p. 55.

generan ventajas reales, pero también riesgos que requieren de una intervención del Derecho penal¹⁵⁰.

El Derecho penal debe adecuarse al avance de los tiempos sociales reales para poder enfrentar con éxito los riesgos que acarrea la utilización de nuevas tecnologías en la vida de las personas, y quizás esta modernización implica conocer a fondo la problemática y la sistematización de la era digital, para poder afrontar la necesidad de intervenir adelantando la pena a momentos previos a la lesión, la aceptación de delitos de peligro abstracto, etc. Todo ello, obviamente, sin dejar de atender las garantías del Estado constitucional de Derecho.

Los graves problemas que surgen al detectar y perseguir los delitos que se cometen en entornos digitales exigen analizar de qué manera debe afrontar la legislación penal estas nuevas modalidades delictivas.

Se ha considerado¹⁵¹ que, frente a este tipo de conductas, el Derecho penal puede operar de dos formas diferentes: redactando cláusulas que complementen a los tipos existentes, con la finalidad de corregir las insuficiencias que su aplicación se han detectado, o bien estableciendo nuevos tipos penales, cuyo contenido se basa en la descripción de

¹⁵⁰ Con la creación de nuevos delitos de peligro abstracto, asumible por un Derecho penal garantista. *Vid.* CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de delitos penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 188, 194, 369 y ss. Cfr. BUOMPADRE, Jorge Eduardo, loc. cit.

¹⁵¹ ALVAREZ VIZCAYA, Maite, ob. cit., pp. 268 y ss.

conductas normalmente peligrosas para el correcto funcionamiento de los sistemas informáticos¹⁵².

Ambos modelos, según se ha señalado, presentan ventajas e inconvenientes. Las ventajas del primer sistema consisten en que la conexión con los tipos tradicionales permite delimitar mejor el bien jurídico protegido, y ello favorece la seguridad jurídica y posibilita efectuar una mejor delimitación del ámbito de la tipicidad.

Pero sus inconvenientes provienen de que con este sistema se puede incurrir en un excesivo casuismo, lo que indefectiblemente se traduce en el riesgo de no advertir nuevas formas comisivas, dada la rapidez de los avances tecnológicos en esta materia, lo cual puede conducir a lagunas o a imposibilitar el encuadre típico¹⁵³.

Los inconvenientes del segundo sistema se advierten en el hecho de que se puede perder la perspectiva del bien jurídico tutelado, lo que puede producir inseguridad jurídica e incluso una vulneración de mínima intervención. La ventaja básica que el mismo presenta es que se adapta a las nuevas formas de criminalidad sin necesidad de encontrarse supeditado a conceptos de antigua raigambre¹⁵⁴.

¹⁵² ROMEO CASABONA, Carlos M^a, *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías*, en “Poder Judicial”, 2^a época, n^o 31, 1993, pp. 180 y ss.

¹⁵³ ROMEO CASABONA, Carlos M^a, *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías*, en “Poder Judicial”, 2^a época, n^o 31, 1993, pp. 180 y ss.

¹⁵⁴ ROMEO CASABONA, Carlos M^a, ob. cit., pp. 180 y ss.

Estimo que ambos sistemas no sólo no son incompatibles, sino que antes bien se complementan, pudiendo tutelar en todas sus dimensiones el mundo virtual frente a relaciones delictivas que se producen en la red, sancionando las conductas que tienden a destruir o inutilizar el sistema en sí mismo o a lesionar otros bienes jurídicos, como la intimidad o la privacidad personales.

El Código penal español ha adoptado el primero de los sistemas: el legislador fue introduciendo en las diferentes descripciones típicas el nuevo medio comisivo utilizado, es decir, el sistema informático; por lo cual, la delimitación del objeto de tutela no supondría novedad alguna, al estar constituido por alguno de los bienes jurídicos ya conocidos (intimidad, patrimonio, etc.).

La utilización de los sistemas informáticos para cometer los delitos crecen día a día; muchas veces estos ataques son graves, lo cual implica un salto cualitativo en cuanto la forma de cometer los delitos, ya sea por la facilidad que implica ejecutarlos, o bien por el anonimato, circunstancias que obligan al Derecho penal a hacerse cargo de la situación proporcionando una tutela efectiva.

Esta nueva realidad instalada nos conduce a pensar que la delimitación exclusiva de los bienes jurídicos tradicionales hoy no es suficiente.

Si bien es cierto que la utilización de los tipos de peligro como técnica necesaria para tutelar bienes jurídicos difusos provoca desacuerdos con la consolidada estructura dogmática de delito, no por eso debe excluirse estos intereses de la tutela penal.

Nos encontramos ante un proceso de evolución constante, del que el ordenamiento jurídico no puede mantenerse ajeno, prevaleciendo los intereses sociales que obliga a la adaptación del Derecho penal a esta nueva realidad.

Por otra parte, se ha señalado¹⁵⁵ que la Política criminal examina el merecimiento de pena de nuevos hechos surgidos en torno a la informática y la forma más eficaz de lucha contra el delito, entendiéndose por aquélla¹⁵⁶ la ciencia que trata de determinar con arreglo a ciertos criterios las conductas que deben ser consideradas y definidas, y los medios que tornen posible, necesario, eficaz y adecuado emplear para prevenir delitos.

En consecuencia, la funciones básicas de la Política criminal, en este campo en concreto, serán las de estudiar y formular un conjunto de medidas preventivas que trate de evitar la comisión de los crecientes hechos cometidos a través de Internet, determinando aquellas conductas más graves y relevantes que sea merecedora de sanción penal, así como

¹⁵⁵ MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, Edisofer S.L. Libros jurídicos, Madrid, 2001, pp. 28 y ss.

¹⁵⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal, Parte general I*, Universitas, Madrid, 1996, p. 98.

también el examen de las nuevas legislaciones para comprobar su adecuación correcta a esta nueva realidad; pudiendo sugerir y formular, en ese caso, propuestas legislativas para la incorporación de nuevas conductas o modificaciones a la legislación criminal vigente.

Es muy importante que se tome conciencia de esta nueva realidad a los efectos de prevenir las nuevas modalidades delictivas, lo que exige planificar ciertas medidas de seguridad a través de un diagnóstico acerca de las fuentes de peligro. Ello permitirá llevar a cabo una estrategia de seguridad informática con la correspondiente adopción de medidas de protección necesarias.

Las distintas medidas de seguridad se adoptarán en relación a la problemática específica y variarán de acuerdo a los hechos delictivos que se pretenda prevenir.

Hoy se entiende que dogmática jurídico-penal y política criminal no son disciplinas contrapuestas, sino que ambas pueden complementarse para llevar a cabo su objetivo, y cada una desde su ámbito de actuación se convierten en interdependientes, pues se sirve la una a la otra para actualizar su propia función. En algunos casos la interpretación dogmática acude a la finalidad política criminales a la hora de decidir la antijuricidad

de una conducta, o cuando desarrolla y concreta el alcance de reglas generales o aspectos no legislados¹⁵⁷.

La discusión actual gira en torno al lugar donde cabe situar la Política criminal en el sistema del Derecho penal¹⁵⁸. Según SILVA SÁNCHEZ, la Política criminal es la referencia del sistema dogmático, de modo que se sitúa en el seno mismo de la Dogmática: “aunque la Política criminal se configure en términos más amplios, todo el Derecho penal se integra en la política criminal”¹⁵⁹.

Este sugerente planteamiento doctrinal sobre la estructuración dogmática de la Política criminal no es convincente, por varias razones¹⁶⁰: en primer término, potencia superlativamente el papel de la política criminal frente a la dogmática penal; en segundo término, lleva a la confusión entre Derecho penal (objeto de conocimiento) con la Política criminal (utilidad de tal objeto), integrando al primero en la segunda; en tercer lugar, fusiona a la postre Política criminal (utilidad del objeto de conocimiento) y Dogmática penal (conocimiento del objeto), siendo así que ambas Ciencias operan en planos distintos: la Dogmática es el

¹⁵⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1999, § 7, nm. 71-2.

¹⁵⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, pp. 33 s.

¹⁵⁹ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, pp. 33 s.

¹⁶⁰ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *ob. cit.*, pp. 33 s.

conocimiento del objeto, y la Política criminal de la utilidad del objeto de conocimiento¹⁶¹.

La Dogmática es una disciplina substantiva, teórica o doctrinal, mientras que la Política criminal, es eminentemente, una disciplina adjetiva, social-funcionalista o práctica. Por ello, se estima que estas construcciones doctrinales no encuentran un firme ni incontrovertible fundamento, por lo que en este sentido resultan inexactas e imprecisas. No puede establecerse una nítida ni categórica escisión entre “Dogmática penal” y “Política criminal”, y aun menos entre una pretendida “Política criminal práctica” y una ilusoria “Política criminal teórica”. Ambas se superponen y complementan, no siendo disciplinas separadas, sino más bien zonas o aspectos de la Ciencia del Derecho penal¹⁶².

Las conductas merecedoras de sanción penal se destacan a través de dos datos de singular relevancia en la determinación del injusto típico: desvalor de acción y desvalor del resultado, como requisitos fundamentales requeridos por la antijuricidad de un hecho penalmente relevante.

El desvalor de resultado se concibe como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente relevante. Por su parte, el desvalor de acción se concibe considerando su componente objetivo, referido a las

¹⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, p. 34.

¹⁶² POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 34.

propiedades materiales de la acción que la hacen peligrosa para el bien jurídico protegido¹⁶³.

Con la aparición de la delincuencia informática, se suscita la discusión acerca de si, ante estos nuevos hechos, ha de incorporarse el reconocimiento de un nuevo bien jurídico autónomo relativo a los supuestos típicos penales que se consuman a través de Internet.

La comisión de los nuevos delitos podría, para algunos, suponer una nueva técnica de ofensa creando un nuevo bien jurídico penalmente tutelable.

Al respecto, se ha estimado¹⁶⁴ que la *intangibilidad informática* genera la necesidad de garantizar la confianza general en los procesos de elaboración informática y de las nuevas tecnologías y que los delitos informáticos representan nuevas modalidades de ejercicios y libertades ya reconocidas y tuteladas, y al mismo tiempo modalidades de ilícitos ya previstos en el ordenamiento jurídico contra bienes jurídicos ya constituidos y tutelados; de forma que los delitos informáticos pueden infringir la libertad informática o las distintas libertades a las que puede extenderse el empleo de las tecnologías (intimidad, domicilio, libre circulación, asociación, etc.).

¹⁶³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, ob. cit., pp. 332 y ss.

¹⁶⁴ PICA, Giorgio, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Utet, Torino, 1999, pp. 7 y ss.

En consecuencia, tratar de delinear un bien jurídico unitario que abarque la problemática informática entera está destinado al fracaso, en razón que estos hechos no representan un nuevo objeto de tutela cuanto un nuevo modo de agresión y de comisión de conductas ilícitas que se atienen a bienes jurídicos ya establecidos y tutelados. Si bien es cierto que en el conjunto de delitos informáticos puede apreciarse una unidad criminológica y hasta político-criminal, no parece lógico unirlos en un proceso homogéneo desde el punto de vista dogmático; toda vez que la amplia gama de comportamientos punibles cometidos a través de los ordenadores hace complejo establecer un nexo común que represente un nuevo interés jurídico-penalmente relevante¹⁶⁵.

Como ha señalado ROMEO CASABONA¹⁶⁶, los medios informáticos representan en sí mismos la ejecución de una forma de conducta con un elevado desvalor de acción, que es preciso conectar al peligro o lesión de un bien jurídico relevante, merecedor de protección penal.

Entre los aspectos que hacen de los medios informáticos un modo de realización de predictivos, se pueden señalar la alta potencialidad para el almacenamiento de datos, la gran velocidad de sus operaciones, la exactitud y habilidades de sus herramientas, la extraordinaria adaptabilidad

¹⁶⁵ PICA, Giorgio, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Utet, Torino, 1999, pp. 7 y ss.

¹⁶⁶ ROMEO CASABONA, Carlos M^a., *Poder informático y seguridad jurídica*, 1987, pp. 19 y ss.

a las exigencias humanas, y la imposibilidad de observar en forma directa el modo de ejecución del hecho.

II.- Sociedad de riesgo y necesidad de intervención del Derecho penal: el riesgo en la Sociedad contemporánea

El Derecho penal mínimo propone una intervención limitada y racional del sistema punitivo, pero sus propuestas conforman una nómina de buenas intenciones sin mayor concreción: es una aspiración idealista, una utopía más que una realidad¹⁶⁷.

Los rumbos de la Política criminal son otros: conducen paradójicamente a posturas neocriminalizadoras y, por ende, a la expansión del Derecho penal¹⁶⁸.

El Derecho penal es un regulador de focos de peligro, por lo que deviene necesaria una actualización del Derecho penal que sea acorde a los cambios sociales, conforme a la cual responderá jurídicamente a los problemas con una modernización del derecho mediante un derecho de intervención que pueda situarse en la incriminación de nuevos delitos y en las agravaciones de las penas.

¹⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, p. 67.

¹⁶⁸ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, loc. cit.

Sin embargo, es claro que un excesivo intervencionismo punitivo puede llegar a acarrear más dificultades de la que pretende resolver, dejando abierto acceso a la eventualidad de errores legislativos¹⁶⁹.

JAKOBS ha descrito los rasgos principales de la moderna sociedad occidental y la actitud del Derecho penal ante la misma. El actual sistema penal, a su entender, presenta varias características¹⁷⁰, entre las que son especialmente resaltadas en el sistema funcionalista normativo del maestro de Bonn las siguientes: la progresiva anonimidad de los contactos sociales, lo que dificulta determinar el grado de responsabilidad de cada uno, como por ejemplo los delitos donde interviene un gran número de personas fácilmente pueden ser reconocible; la uniformidad propia de los comportamientos en masa: si el hecho aislado de conducir en estado de alcoholemia fueran conductas aisladas no se pensaría en su condición, pero al suceder a diario se aumenta el peligro colectivo, lo que conlleva una familiarización con el riesgo, esto es, la ubicuidad del riesgo y la adición de

¹⁶⁹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, p. 68, quien señala que, por ejemplo, el Código penal de 1995 introdujo la figura del acoso sexual: se trataba de un delito coyuntural, reivindicado por la sociedad, ante casos que saltaron a la luz pública, ampliamente difundida por la prensa; el legislador se apresuró a efectuar su incriminación, para satisfacer una emocional demanda social, pero no cayó en la cuenta de que la conducta de acoso sexual ya era subsumible en el tipo básico del delito de amenazas condicionales, sancionado además, sólo pena, de manera tal que la introducción de aquella configuración típica del delito de acoso sexual resultó un fracaso legal.

¹⁷⁰ JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal, expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, edición de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, pp. 90 y ss.

daños; la propia uniformidad del sistema punitivo, visible en el actual proceso de internacionalización que experimenta el Derecho penal; el fenómeno más característico de las sociedades modernas es la conciencia del riesgo, fenómeno creciente que se muestra acorde a un Derecho penal del enemigo¹⁷¹, concepto que alude¹⁷² a una especie de Derecho “de policía”, complementario del Derecho penal ciudadano, que somete bajo sospecha al sujeto especialmente peligroso que refleja un elevado grado de asocialidad normativa¹⁷³.

En este sentido, POLAINO-ORTS¹⁷⁴ analiza la obligación de quien vive en una sociedad de brindar una mínima seguridad de respeto a la norma jurídica y a los derechos de los demás y, cómo el Estado de Derecho trata a aquellos que no ofrecen esa mínima seguridad y se convierten en focos de peligro que cuestionan las bases del ordenamiento jurídico -Derecho penal del enemigo-, y cómo impacta a formas de criminalidad especialmente peligrosas, como puede ser la criminalidad organizada, la violencia de

¹⁷¹ Vid. JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal, expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, edición de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, pp. 90 y ss.

¹⁷² Formulado por Jakobs en 1985 y estudiado en profundidad por numerosos autores.

¹⁷³ Vid., sobre la problemática, especialmente, POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel / JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades pos-industriales*, Madrid, Civitas, 1999.

¹⁷⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

género, y el desafío que implica el de proteger los derechos fundamentales de los individuos dentro del marco del Estado de Derecho.

POLAINO-ORTS señala¹⁷⁵ que el ordenamiento jurídico democrático se funda sobre la base de un consenso o corroboración social y cognitiva por parte de los ciudadanos: los enemigos se enfrentarían a ese consenso, a un ordenamiento en teoría legítimo, que giraría alrededor de un acto comunicativo entre ciudadanos y cuyas leyes habrían sido supuestamente otorgadas a sí mismos¹⁷⁶. Enemigos serían aquellos que quebranten de una manera continuada la confianza social, codificada en el Derecho¹⁷⁷.

El concepto de enemigo, en sentido funcionalista, indica el mayor grado de oposición a la norma jurídica. El ordenamiento jurídico ya no trata al infractor como ciudadano que se equivoca sino como un enemigo que desestabiliza. Es decir, el sujeto infractor imposibilitó con su conducta que los ciudadanos sigan confiando en la vigencia de la norma, y con ello, impide que la norma tenga su normal vigencia¹⁷⁸. De esta manera, el sujeto se comporta frente a los demás no como un ciudadano respetuoso, sino

¹⁷⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Prólogo de Günther Jakobs, Azángaro, Universidad de Huánuco, Editorial Grijley, 2009, pp. 292/293.

¹⁷⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *¿Qué papel juega la norma jurídico-penal para el funcionalismo normativo?*, en BUOMPADRE, Jorge (Dir.), *El Derecho penal y procesal penal frente a los retos del tercer milenio*, Con·Texto, Chaco, 2015, pp. 401-425.

¹⁷⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo, Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, t. I, Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, México D.F., 2014, pp. 65 y ss.

¹⁷⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Prólogo de Günther Jakobs, Azángaro, Universidad de Huánuco, Editorial Grijley, 2009, pp. 292/293.

como alguien que ya no ofrece la mínima garantía para que los demás sigan confiando en él como sujeto idóneo con quien entablar un contacto social y una estabilidad normativa¹⁷⁹.

En este sentido, el sujeto infractor se despersonaliza frente a la comunidad, autoexcluyéndose parcialmente frente al ordenamiento jurídico, que lo trata como un enemigo más que como un ciudadano respetuoso de los demás¹⁸⁰.

El Derecho penal del enemigo entraña frente al Derecho penal de ciudadanos un endurecimiento de las medidas penales acorde al grado de peligro que el delincuente ofrezca frente a la sociedad cuyo ordenamiento no reconoce¹⁸¹.

El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. La función que cumple la pena en este derecho ha agravado el aseguramiento y la eliminación de un peligro, mientras que la del Derecho penal de ciudadanos es “la contradicción a la contradicción de la norma”¹⁸².

¹⁷⁹ POLAINO-Orts, MIGUEL, *¿Qué papel juega la norma jurídico-penal para el funcionalismo normativo?*, en BUOMPADRE, Jorge (Dir.), *El Derecho penal y procesal penal frente a los retos del tercer milenio*, Con-Texto, Chaco, 2015, pp. 401-425; ID., *Funcionalismo normativo, Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, t. I, Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, México D.F., 2014, pp. 65 y ss.

¹⁸⁰ JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal, expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, Edición de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, pp. 90 y ss.

¹⁸¹ JAKOBS, Günther, ob. cit., pp. 90 y ss.

¹⁸² JAKOBS, Günther, ob. cit., pp. 90 y ss.

Esto significa que la pena es siempre comunicación, y por ello, el combate del enemigo no sólo comunica a los ciudadanos estabilidad social sino que racionaliza al enemigo como sujeto en quien el Estado tiene depositado el interés normativo de que regrese al respeto pleno a los derechos de los demás ciudadanos y oriente su comportamiento a la norma jurídica, que es la máxima muestra de respeto a las expectativas del resto de los ciudadanos¹⁸³.

A juicio de POLAINO NAVARRETE, el uso del Derecho penal del enemigo en los países democráticos debe ser muy limitado y de manera excepcional, abogando por una racionalización normativa en los singulares casos en que su utilización sea imprescindible¹⁸⁴.

Uno de los aspectos que más críticas ha generado la concepción de JAKOBS sobre la categoría normativa de enemigo es el entendimiento de que el mismo no puede ser tratado como persona en Derecho: “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no puede tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”¹⁸⁵.

¹⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, pp. 68 y ss.

¹⁸⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, pp. 68 y ss.

¹⁸⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 47.

Este concepto es polémico y sólo se explica si se atiende a la concepción funcionalista del Derecho penal y del infractor de la ley penal.

Según la teoría de JAKOBS¹⁸⁶ sobre la prevención general positiva, el Derecho penal cumple la misión de confirmar el mandato jurídico por encima de la protección de bienes jurídicos, y busca principalmente, el aseguramiento de las expectativas normativas esenciales frente a sus defraudadores, esto es la vigencia de la norma, que permita el desarrollo normal de las actividades ciudadanas. Dentro de este sistema funcionalista normativo, persona es el ser humano mediado por la norma y el Derecho¹⁸⁷.

Así, sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real¹⁸⁸.

¹⁸⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

¹⁸⁷ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, vol. 1, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 13.

¹⁸⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel / JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 51.

III.- Medidas para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer

Diversos son los ejes de acción que deben considerarse para hacer frente a esta violencia, y entre ellos cabría resaltar en un orden sistemático los siguientes contextos fundamentales de actuación¹⁸⁹:

- Detener la violencia: una de las consecuencias más preocupantes de la difusión de imágenes sexuales sin el consentimiento de la víctima no sólo es la posibilidad de que se viralice, es decir, que se siga difundiendo, si no que quede perfectamente accesible al público. Que cada vez que se hace una búsqueda del nombre de la víctima en línea, como la pueden hacer futuros empleadores, aparezca el video o las fotografías. Entonces parte de los esfuerzos tienen que estar encaminados a hacer frente a este fenómeno, porque de lo contrario se estaría revictimizando a la persona en forma constante¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Internet en México, *Derechos humanos en el entorno digital*. Editorial de derechos digitales, México 2016, coordinación: Gisela Pérez de Acha. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

¹⁹⁰ Internet en México, *Derechos humanos en el entorno digital*. Editorial de derechos digitales, México 2016, coordinación: Gisela Pérez de Acha. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

- Proteger a la víctima: los esfuerzos también tienen que enfocarse en proteger a la víctima. Esto tiene que contemplar desde el resguardo y protección de sus datos y aparatos hasta su seguridad física¹⁹¹.
- Elaborar estadísticas sobre los hechos: un gran problema relacionado con esta nueva modalidad delictiva es la falta de información que existe sobre el problema. Se debe buscar la forma de comenzar a documentar el fenómeno para poder hacerle frente¹⁹².
- Desarrollar campañas de derechos digitales: debe existir un esfuerzo para difundir los derechos digitales que tienen las personas, así como información sobre las herramientas jurídicas y tecnológicas que tienen a su alcance para protegerse. Es importante que dichas campañas no responsabilicen a las víctimas o que eviten proponer dejar de utilizar las redes sociales. Por ejemplo, se debe evitar las campañas que, ante la difusión legal de imágenes sexuales se proponga que las personas se dejen de tomar este tipo de imágenes. Estas imágenes forman parte de su misma libertad de expresión y libre desarrollo de la personalidad; es legítimo que se tomen las fotos. Lo que no lo es, es que se difundan sin su consentimiento.

¹⁹¹ Internet en México, *Derechos humanos en el entorno digital*. Editorial de derechos digitales, México 2016, coordinación: Gisela Pérez de Acha. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

¹⁹² Internet en México, *Derechos humanos en el entorno digital*. Editorial de derechos digitales, México 2016, coordinación: Gisela Pérez de Acha. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

Estas campañas podrían estar dirigidas a alertar a las personas a que es un ilícito difundir imágenes sin el consentimiento de la víctima, a enseñarles a las personas dónde pueden denunciar este ilícito, qué clase de medidas pueden emprender para detener la difusión de imágenes, etc.¹⁹³.

- Brindar información: acerca de cuáles son las herramientas que pueden utilizar para fortalecerse. Todo actor que forme parte del proceso de comunicación y del desarrollo tecnológico debe involucrarse; los mismos intermediarios, y en especial los proveedores de contenido en Internet, es decir las plataformas que manejan la distribución de contenido en línea y la hacen accesible a los usuarios (los administradores de nombres de dominio y servicios de alojamiento de contenido; y las redes sociales como *Facebook* y *Twitter*, que alojan contenido ajeno). Una categoría distinta son los motores de búsqueda de internet como *Google* o *Yahoo*, que si bien no alojan ni crean contenido, hacen una agregación de información que luego es desplegada en orden como resultado de búsqueda de palabras. Más allá de las obligaciones legales de estas compañías, y de las eventuales responsabilidades que podría caberles, tema que será analizado en otro capítulo, debería existir un esfuerzo para todas

¹⁹³ Internet en México, *Derechos humanos en el entorno digital*. Editorial de derechos digitales, México 2016, coordinación: Gisela Pérez de Acha. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

adopten como propio el combate contra estas modalidades delictivas¹⁹⁴.

En este orden, en junio de 2015, *Google* creó un mecanismo para que las personas puedan solicitar que, imágenes sexuales difundidas sin su consentimiento, sean removidas de los buscadores, si bien no de la web entera. Si bien ello no soluciona el problema, pues una vez que la imagen se distribuye y se sumerge en la web es imposible removerla, al menos, el hecho que desaparezcan de los buscadores, es un avance. Por su parte, en diciembre de 2015, *Twitter* amplió la categoría de “abuso” para permitir que las amenazas violentas, el acoso y las conductas de odio pudieran ser correctamente denunciadas¹⁹⁵.

También es fundamental contar con mecanismos de investigación adecuados expresamente establecidos en los Códigos procesales penales toda vez que muchas legislaciones aún no han sido actualizadas, y esta nueva problemática requiere no solamente la correcta tipificación en la ley penal, sino también la existencia de herramientas de última tecnología para recolectar la evidencia digital, cuyo procedimiento y análisis debería estar regulado expresamente en las legislaciones de forma, para así poder llevar

¹⁹⁴ Internet en México, *Derechos humanos en el entorno digital. Editorial de derechos digitales*, México 2016, coordinación: Gisela Pérez de Acha. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

¹⁹⁵ Internet en México, *Derechos humanos en el entorno digital. Editorial de derechos digitales*, México 2016, coordinación: Gisela Pérez de Acha. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

a cabo investigaciones eficientes y en resguardo de las debidas garantías de proceso.

Lo expuesto requiere de un compromiso de los operadores del sistema; jueces, fiscales y defensores deben capacitarse constantemente para poder investigar conductas en entornos digitales, cuya dinámica difiere ampliamente con relación a las investigaciones y procedimientos tradicionales. Parte de ello implica también la información que debe tener la víctima acerca del lugar donde debe efectuar la denuncia, por ejemplo, y, en el ámbito judicial, contar con un equipo multidisciplinario, como un espacio de contención y tratamiento para la víctima¹⁹⁶.

Asimismo, estimamos de capital importancia insistir en la exigencia fundamental de la no discriminación por género de las personas. Uno de los problemas de la difusión de imágenes sexuales sin consentimiento de la víctima es precisamente el daño a la imagen de la víctima. Es fundamental insistir en la importancia del derecho a la no discriminación por género en todos los ámbitos, Incluido el laboral, para no permitir que se revictimice a las personas¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Internet en México, *Derechos humanos en el entorno digital*. Editorial de derechos digitales, México 2016, coordinación: Gisela Pérez de Acha. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

¹⁹⁷ Internet en México, *Derechos humanos en el entorno digital*. Editorial de derechos digitales, México 2016, coordinación: Gisela Pérez de Acha. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

Como ha resaltado OLMEDO CARDENETE¹⁹⁸, las mujeres son las principales destinatarias de la violencia doméstica, seguidas muy de lejos por otras víctimas masculinas del entorno familiar o parafamiliar¹⁹⁹.

Ante esta realidad criminológica el legislador puede reaccionar intensificando su intervención frente a los casos más frecuentes, y no sólo por razones de prevención general si no, también, por otras derivadas de la prevención especial si se piensa en la posibilidad de rehabilitar a los maltratadores. Se trata, sencillamente, de adecuar la respuesta punitiva a las especialidades del ámbito de la criminalidad que se pretende prevenir²⁰⁰.

¹⁹⁸ OLMEDO CARDENETE, Miguel, *Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género*, V/lex-70133671, 2016, p. 349.

¹⁹⁹ Las estadísticas revelan que en un 89% de casos la víctima es la mujer y en un 11% hombres. Además, en la mayoría de los supuestos se trata de relaciones conyugales o de hecho vigentes o ya extinguidas. *Vid.* MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 106. Cfr. OLMEDO CARDENETE, Miguel, *ob. cit.*, p. 349.

²⁰⁰ “No parece que las medidas de acción positiva no encuentren fundamento en la mayor necesidad de las mujeres frente a los ataques de los hombres, ni que, por consiguiente, estén plenamente justificadas. A nuestro entender, no hay tacha de inconstitucionalidad alguna”: CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, GUARDIOLA GARCÍA, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, citado por OLMEDO CARDENETE, Miguel, *ob. cit.*, p. 349.

CAPÍTULO III

PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO

I.- La difusión de imágenes no autorizadas en el Derecho comparado

La difusión de imágenes íntimas publicadas sin autorización, aunque se hayan tomado con la anuencia de la persona afectada, ha comenzado a ser materia de análisis y discusión en los actuales planteamientos político-criminales de numerosos países, decidiendo algunos de ellos incorporarla en sus respectivas legislaciones penales.

Es común aludir al fenómeno en España como *porno por despecho* y en Francia con la expresión *revanches pornographiques*.

A) Estados Unidos

El término *revenge porn* fue usado por primera vez en los Estados Unidos, refiriéndose a la publicación no autorizada de fotos y videos privados que contienen imágenes íntimas, que una persona -con frecuencia, la pareja del afectado- publica, cede o difunde, por sí o a través de terceros, normalmente con ánimo de venganza luego de terminada la relación.

Por lo general, la foto o video van acompañados del nombre, domicilio, correo electrónico, teléfono o dirección del trabajo de la víctima

con el ánimo de perjudicarla, transformando esta publicidad en una suerte de acoso virtual con el fin de vengarse.

Es común que aquellas imágenes y/o videos sean publicadas desde un perfil falso de *Facebook* -por ejemplo-, creado por el autor, a través del cual se hace pasar por la víctima, ofrece sus servicios sexuales, suministra datos personales para que sea perseguida y acosada, y aproveche ese espacio virtual para difundir sus fotografías y/o videos captadas voluntariamente cuando eran pareja²⁰¹.

Este es el sentido de la expresión *revenge porn*. Si bien es cierto que dicho término no es el más preciso para definir el fenómeno, es el más difundido y utilizado por la prensa, toda vez que en un alto porcentaje de casos el autor quiere causar un grave daño a la víctima, por venganza o despecho y luego de haber terminado la relación de pareja, o bien en un marco de violencia de género donde esta conducta se convierte en una más de las tantas que ejecuta el autor para maltratar a su mujer²⁰².

El término ha sido criticado porque la palabra inglesa *porn*, que se traduce porno por pornografía, está asociada a lo obsceno, pero las

²⁰¹ PALAZZI, Pablo, *Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, “El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia”, Bs. As., Argentina, 2 de marzo de 2016, pp.1 ss.

²⁰² PALAZZI, Pablo, ob. cit, pp.1 ss.

imágenes íntimas o privadas de una relación de pareja no necesariamente han de ser calificadas como obscenas²⁰³.

Muchos casos han ocurrido en los Estados Unidos en los últimos años. La mayoría de ellos son supuestos de subida *online* de imágenes o videos de escenas íntimas, y muchos otros, además, van acompañados de insultos, amenazas, coacciones, extorsiones u hostigamiento hacia la víctima. Con frecuencia estos casos han terminado con la imposición de penas de prisión a los culpables por aplicación de diversas normas penales.

Tales supuestos fueron motivo de debate a propósito de la necesidad de legislar en forma adecuada la difusión no autorizado de imágenes íntimas. Así ocurrió con el caso de las actrices *Jennifer Lawrence*, *Kate Uptown* o *Kirsten Dunst*²⁰⁴

Las publicaciones de imágenes íntimas y las lagunas legales existentes obligaron a replantear la inmunidad otorgada a los intermediarios de Internet con el fin de fomentar el desarrollo de la red, sobre todo a esos sitios que se dedican a publicar imágenes sexuales y eróticas abusando de las protecciones dadas a intermediarios neutros.

²⁰³ PALAZZI, Pablo, *Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, “El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia”, Bs. As., Argentina, 2 de marzo de 2016, pp.1 ss.

²⁰⁴ PALAZZI, Pablo, ob. cit., pp. 1 ss., donde analiza los ejemplos aludidos, invocando diversas obras: ISAAC, Mike, *In Privacy up date, Reddit Tightens Restrictions on Nude pots*, “New York Times”, 24/2/15; BRANDOM, Russel, *Revenge Porn magnate Hunter Moore will face up to seven years in prison*, “The Verge”, 18/2/15; BOLETÍN DEL FBI. <http://www.fbi.gov/losangeles/press-releases/2011/florida-man-arrested-in-operation-hackerazzi-for-targeting-celebrities-with-computer-intrusion-wiretapping-and-identity-theft>.

Un caso relevante que ocurrió en el año 2014 con el operador del sitio de Internet *Is anyone up?* permitía a cualquier usuario de Internet publicar fotos de escenas íntimas y sexuales con el fin de humillar a las mujeres que participaban en esas. El dueño del sitio fue arrestado por haberle pagado a un *hacker* para quien obtuviera ciertas fotos de una cuenta de correo electrónico. Fue sometido a un proceso penal y recibió la condena de dos años y seis meses de prisión. El problema es que sólo fue condenado por colaborar en el acceso ilegítimo. El sitio que creó y las miles de imágenes de víctimas que publicó no eran constitutivas de delito penal en aquel entonces en la mayoría de Estados de los Estados Unidos²⁰⁵.

Otro caso notorio es el de *Christopher Chaney*, *hacker* de *celebrities* que accedió sin permiso a numerosos ordenadores, incluyendo los archivos de varias actrices. En el caso se logró probar que, luego de acceder a los ordenadores, el autor creaba una regla interna de desvío de correo y tenía copias de toda la correspondencia digital en busca de fotos y correos íntimos, que más tarde usaba para extorsionar a sus víctimas²⁰⁶.

El autor fue juzgado por veintiséis hechos diferentes, relacionados con acceso ilegítimo a sistemas informáticos sin autorización, daño a

²⁰⁵ PALAZZI, Pablo, *Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, “El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia”, Bs. As., Argentina, 2 de marzo de 2016, pp.1 ss.

²⁰⁶ El juicio oral incluyó un video-testimonio de Scarlett Johansson, donde la actriz contaba cómo había sido humillada por la difusión en Internet de sus fotos íntimas, que estaban destinadas solamente a quien entonces era su marido.

sistemas informáticos, interceptación de comunicaciones, robo de identidad agravado y *Chaney* fue condenado a la pena de 10 años de prisión²⁰⁷.

En septiembre de 2014 un ataque de ingeniería social al sitio *iCloud* de *Apple* permitió a un *hacker* obtener numerosas fotos de famosas que fueron publicadas en varios sitios de la web, como *4 Chan* y *Reddit*. El autor habría pedido un rescate en *bitcoins* -la moneda virtual- para no publicarlas²⁰⁸.

Estos casos²⁰⁹ demostraban que ya comenzaban a llevarse a cabo reiteradamente hechos que consistían en acceder a fotografías y videos de escenas íntimas y luego se difundían sin la anuencia de las víctimas, pero no había legislación específica al respecto.

A raíz de ello, en Estados Unidos comenzaron a presentarse en varias legislaturas proyectos de leyes para penalizar este tipo de conductas, originado por la preocupación y demanda social en cuanto existía un vacío

²⁰⁷ <http://www.nydailynews.com/entertainment/gossip/Hollywood-hacker-10years-jail-article-1.1222151>

²⁰⁸ Entre las afectadas están Jennifer Lawrence y Kaley Cuoco (*The Bing Bang Theory*), Kim Kardashian, Vanessa Hudgens, Rihanna, Mary-Kate Olsen, Avril Lavigne.

²⁰⁹ PALAZZI, Pablo, *Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, “El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia”, Bs. As., Argentina, 2 de marzo de 2016, pp.1 ss., donde invoca los ejemplos aludidos incorporando las siguientes citas: ISAAC, Mike, *In Privacy up date, Reddit Tightens Restrictions on Nude photos*, New York Times, 24/2/15; BRANDON, Russel, *Revenge Porn magnate Hunter Moore will face up to seven years in prison*, The Verge, 18/2/15; Boletín del FBI <http://www.fbi.gov/losangeles/press-releases/2011/florida-man-arrested-in-operation-hackerazzi-for-targeting-celebrities-with-computer-intrusion-wiretapping-and-identity-theft>.

legislativo, sumado a los medios de comunicación y prensa que refería a la falta de cobertura legal de esta problemática.

Como es sabido, en los Estados Unidos de América cada Estado tiene competencia exclusiva en materia penal y pueden aprobar sus propias leyes criminales. Tales Estados suelen ser la antesala en donde se experimenta la aprobación de ciertas leyes, para luego, aprobar una ley de carácter federal²¹⁰.

A fines del año 2015, muchos de los Estados tenían legislaciones especiales, de forma que en un determinado momento se comenzó a debatir sobre una posible legislación a nivel general²¹¹. La mayoría de las leyes aprobadas se refieren a la captación y posterior difusión no autorizada de fotografías de escenas íntimas.

Así, en California se prevé un delito consistente en distribuir con intención imágenes íntimas en circunstancias en las que la persona afectada debió entender que la imagen quedaría reservada, y siempre que el sujeto activo tenga conciencia de que la distribución causará un serio perjuicio y, efectivamente, la persona afectada sufra perjuicio emocional²¹².

El problema en California estriba en que la ley de *Revenge porn* -tal como es denominada esta modalidad de conducta en Estados Unidos- no contempla las *selfies*, debido a la creencia de que quien se saca una foto

²¹⁰ Ver en <http://www.cagoldberglaw.com/state-with-revenge-porn-laws/>

²¹¹ Ver en <http://www.endrevengrporn.org/revenge-porn-laws/>

²¹² California Penal Code, Sección 647.

estaría consintiendo su posterior difusión en caso de que las imágenes caigan en manos de terceros; sin perjuicio de que esto es criticado por autores que consideran que deberían quedar incluidos en el tipo penal cuando su difusión se efectúa contra la voluntad de la persona retratada²¹³.

B) Reino Unido

El *Child Abuse Image* es considerado por la legislación de Inglaterra y Gales como un delito (*offence*) recogido en la Sección Primera de la *Protection Children Act de 1978*²¹⁴: tomar o permitir que sea tomada una fotografía indecente de un menor, distribuirla, mostrarla, o tenerla en posesión con finalidad de distribuirla o mostrarla a otros o publicarla o intentar llevarlo a cabo.

Este artículo se reformó posteriormente por la *Criminal Justice Act* de 1988, la *Criminal Justice Act and Public Order* de 1994, y finalmente por la *Sexual Offences Act* de 2003. Esta última ley amplía la interpretación de *children*, como sujeto pasivo del delito recogido en la *Protection of Children Act*, elevando la edad legal para poder atribuir “*indecent images*”

²¹³ Cfr. la exposición de Holly Jacobs, *Revenge pornography. Legal and Policy issues*, CPDP, 2015, Bruselas, cit. en Palazzi, loc. cit.

²¹⁴ En North Ireland, por la *Protection of Children Order 1978*, y en Escocia, por la *Civil Government Act 1982*.

a los 18 años, aunque la edad de consentimiento sexual está establecida en los 16 años²¹⁵.

El envío a otra persona de mensajes de tipo sexual que puedan ser de naturaleza ofensiva podía ser perseguido como delito bajo la *Malicious Communication Act* de 1988, aunque la ley no está referida específicamente a menores, pues utilizaba el término “*any person*” para referirse tanto sujeto activo como el sujeto pasivo²¹⁶.

Los adolescentes británicos desconocían que su conducta podía llegar a ser delictiva. En consecuencia y en respuesta a esta creciente tendencia entre los adolescentes, la Asociación de Jefes de la Policía Británica emitió una recomendación con criterios de actuación dirigidos a la fuerzas y cuerpo de seguridad, que aconsejaba que los menores que cometen el acto por primera vez no deban enfrentarse al enjuiciamiento por ese delito, así como que se establezcan programas educativos, pudiendo acudir a la *justicia restaurativa*²¹⁷, lo que permitiría que los adolescentes tomen conocimiento, internalicen y respondan por las consecuencias de su acción, pero sin incurrir en antecedentes penales.

Recientemente se legisló esta figura en el Reino Unido con una pena de dos años de prisión; aprobada a través de la *Criminal Justice and Courts*

²¹⁵ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>

²¹⁶ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/27/contents>

²¹⁷ *Restaurative reprimands*

Act, de 2015²¹⁸, luego de muchos casos que han tenido amplia repercusión por tratarse de personas famosas.

La sanción prevista por esta norma representó un avance, pues hasta ese momento los fiscales querían probar sin apoyo legislativo el acoso eventual producido con las fotografías.

En el caso “*Contostavlos vs. Mendahun*”, un juez de Londres otorgó una cautelar a la cantante *Tulisa Contostavlos*, agraviada por el hecho de que un video con escenas íntimas filmadas por su ex novio estaba circulando por Internet; al mismo tiempo envió a varios sitios de Internet que reprodujeron los videos, logrando una indemnización de 42.500 £ de uno de los demandados²¹⁹.

En Reino Unido la figura penal se describe como *disclosing private sexual photographs and filme with intent to cause distress*, y se diferencia de la tipificación española en que requiere la *intención* de causar un malestar psicológico, sumándose a este criterio de penalización Irlanda del Norte, en febrero de 2016²²⁰.

Básicamente la norma penal castiga la revelación de fotografías y videos sexuales de carácter privado con la intención de causar un daño o un

²¹⁸ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/introduction>

²¹⁹ *Contostavlos vs. Mendahun*, 2012, EWHC 850 QB, 29/3/2012.

²²⁰ *Revenge porn to become crime in Northern Ireland*, Stormont Rules, 11/2/2016.

malestar psicológico, careciéndose del consentimiento de la persona que aparece en la foto o video²²¹.

Pero no será una ofensa en caso que la comparta con la misma persona que integró la producción de la imagen video íntimo con contenido sexual²²².

Quedará exenta de responsabilidad la persona que publique estos videos o fotografías con la finalidad de prevenir, detectar o investigar un crimen²²³.

El significado de *revelar* algo de una persona implica que un sujeto difunde fotografías o videos íntimos en la red y lo convierte en disponible para otros²²⁴.

Asimismo, se otorga el significado de *privado* si se difunde algo que no puede ser visto ordinariamente en público²²⁵.

A su vez, define a la *fotografía o film* como sexual si muestran todo o parte de los genitales o zonas públicas, o muestran algo que una persona

²²¹ Disclosing private sexual photographs and films with intent to cause distress
It is an offence for a person to disclose a private sexual photograph or film if the disclosure is made: a) without the consent of an individual who appears in the photograph or film, and, b) with the intention of causing that individual distress.

²²² But is not an offence under this section for the person to disclose the photograph or film to the individual mentioned in subsection 1 a) and b).

²²³ It's a defence for a person charged with an offence under this section to prove that he or she reasonably believe that the disclosure was necessary for the purposes of preventing, detecting, or investigating crime.

²²⁴ A person discloses something to a person, if, by any means, he or she gives or shows it to the person or makes it available to the person.

²²⁵ A photograph or film is private if it shows something that is not of a kind ordinarily seen in public.

razonablemente podría considerar que sea sexual porque es natural y su contenido, tomado en su conjunto, es de tal índole que una persona razonablemente podría considerar que es sexual²²⁶.

En febrero de 2016, Irlanda del Norte también se sumó a los países con legislación al aprobar una ley que castiga a quien difunde imágenes captadas con consentimiento²²⁷.

C) Nueva Zelanda

En julio de 2015, Nueva Zelanda aprobó la *Harmful Digital Communications Act*, mediante la cual se penaliza el *reveng porn*.

Antes de esta reforma, regía la ley de Protección de Datos del año 1993, que excluía de su aplicación el procesamiento de los datos personales creados o recolectados en el ámbito doméstico.

Pero luego de la reforma, esta excepción a la *Privacy Act* no se aplicaba cuando se publica o se difunde material altamente ofensivo para el titular del dato personal. La reforma cubre solamente material que una persona ordinaria o ciudadano común considera ofensiva, según el estándar desarrollado por los tribunales de Nueva Zelanda en el caso *Hosking vs.*

²²⁶ a) It shows all or part of an individual exposed genital or public area, b) it show something that a reasonable person would consider to be sexual because of its nature, or, c) a photograph or film that combines a photographed or filmed image with something else.

²²⁷ *Revenge porn to become crime in Northern Ireland*, Stormont Rules, 11/2/16.

*Runting*²²⁸, en el que la Corte de Apelaciones rechazó una demanda por violación a la privacidad de dos menores.

Los hijos gemelos de una pareja famosa había sido fotografiados en un mercado, un lugar público, sin consentimiento de los padres, quienes con anterioridad, se había negado a que publicaran fotos de sus hijos en la prensa.

El tribunal reconoció la existencia de una violación a la privacidad, pero se negó a otorgar daños en el caso concreto, pues entendió que las fotos no eran altamente ofensivas para el ciudadano común²²⁹, aunque si lo fueran para sus padres. Por eso la reforma requiere que las fotos sean altamente ofensivas²³⁰.

D) Canadá

La provincia canadiense de Manitoba fue la primera jurisdicción en aprobar una norma para evitar el *reveng porn*²³¹. La normativa, que entró en vigor en enero 2016, penaliza la distribución no consentida de imágenes

²²⁸ *Hosking and Hosking v. Runting & Pacific Magazines NZ LTD*. 25/2/04. NZCA 34/ 2003, 3 NZLR 385. New Zealand Court of Appeal.

²²⁹ *Highly offensive and objectionable to a reasonable person of ordinary sensibilities*

²³⁰ <https://opcwebsite.cwp.govt.nz/news-and-publications/guidance-resources/hdcs-faqs/>

²³¹ Intimate Image Protection Act

videos sexuales y permite a la víctima demandar a los autores y reclamar los daños ocasionados.

El *Canadian Centre for Child Protection*, que suministra ayuda a las víctimas de estos delitos, recibió 350 denuncias de casos de *revenge porn*, entre marzo 2015 y enero de 2016²³².

E) Chile

En Chile se discuten proyectos de leyes para criminalizar el *revenge porn*, mediante los cuales se busca sancionar a quien publique imágenes de contenido sexual, ya sea fotos o videos, producidos en la privacidad de una pareja y difundidas sin consentimiento; sancionando con multas y cárcel a quienes publiquen y difundan este tipo de material conocido como porno venganza²³³. La sanción alcanzaría a los administradores de los sitios de Internet que no bajen o eliminen inmediatamente tales contenidos.

²³² Vid. CBC News, *Manitoba revenge porn law aims to empower victims*. Disponible en <http://www.cbc.ca/news/canada/manitoba-revenge-porn-law-aims-to-empower-victims->

²³³ <http://derechosdigitales.tumblr.com>

F) Brasil

En Brasil se aprobó en 2014 la ley civil de Internet, como reacción por parte del gobierno a las revelaciones hechas por Edward Snowden²³⁴.

El artículo 18 de la ley mencionada dispone que el proveedor de conexión de Internet no será responsabilizado civilmente por daños surgidos por contenido generado por terceros²³⁵.

Con el fin de asegurar la libertad de expresión e impedir la censura, el proveedor de aplicaciones de Internet sólo podrá ser responsabilizado por daños que surja de contenido generado por terceros si, después de una orden judicial específica, no toma las previsiones para, en el ámbito de los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo asignado, hacer disponible el contenido infractor, observando las disposiciones legales que se opongan²³⁶.

El artículo 21 dispone que el proveedor de servicios de Internet que disponga de un contenido generado por terceros será responsabilizado subsidiariamente por la violación de la intimidad producto de la divulgación sin autorización de sus participantes de imágenes, videos, u

²³⁴ *Ley de marco civil de Internet, ley 12.963 del 23 de abril de 2014*, publicada en “Revista latinoamericana de protección de datos”, Año uno, número uno, 2015, pp. 187/202.

²³⁵ Ley Marco Civil de Internet n°12.963, del 23/4/2014.

²³⁶ Ley Marco Civil de Internet n° 12.963, del 23/4/2014

otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado, cuando con posterioridad al recibimiento de la notificación por el participante o su representante legal se deje de promover en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio la indisponibilidad de ese contenido²³⁷.

Así, se responsabilizará si no se remueve el contenido relacionado con los casos típicos de *revenge porn*; siendo ese el único caso de remoción obligatoria de contenidos sin la necesidad de autorización judicial, bajo la ley brasileña se instaura una regla muy estricta que se incluyó para forzar a los intermediarios a remover imágenes íntimas no consentidas²³⁸.

G) Alemania

En octubre de 2015, la Corte Federal Alemana dictó una sentencia en la que se estimó que el ex novio de una persona debía borrar todas las imágenes íntimas de su novia, incluso en el caso de que no pensara compartirlas o difundirlas a terceros²³⁹. Si bien no se trataba de un caso penal, se demuestra que los tribunales están dispuestos amparar la

²³⁷ Ley Marco Civil de Internet nº 12.963, del 23/4/2014

²³⁸ DONEDA, Danilo / MONTEIRO, Marília, *O sistema brasileiro de privacidade e proteção de dados no Marco civil da Internet*, “Revista latinoamericana de protección de datos”, año I, número I, 2015, pp. 23/43.

²³⁹ *German Court orders man to destroy naked images*, BBC, 22/12/15

privacidad de las imágenes íntimas aunque las mismas hayan sido captadas con consentimiento de la víctima.

El tribunal argumentó que, si bien la víctima había consentido en su momento la captación de esa imagen, el consentimiento caduca cuando la relación de pareja finalizó, y sostuvo que mantener las fotos almacenadas era violatorio del derecho de la persona a la privacidad, haciendo referencia al poder manipulador que generaba la tenencia de esas fotos²⁴⁰. La sentencia ordenó al demandado borrar todas las imágenes y videos que poseía de su anterior pareja²⁴¹.

***H)* España**

En España se han producido muchos casos de difusión o publicación no autorizada de imágenes íntimas y de datos personales en redes sociales, blogs y demás sitios de Internet. Así, comenzaron a surgir propuestas de reforma de la normativa penal vigente, focalizadas en la necesidad de eliminar el consentimiento de la víctima como causal de exclusión de responsabilidad penal de la figura de publicación no autorizada de la imagen personal.

²⁴⁰ PALAZZI, Pablo, loc. cit., en materia de protección de datos personales, señala que el consentimiento se puede revocar, con lo que sería posible invocar la norma que admite la revocación del presunto consentimiento para evitar el uso de datos personales incluso imágenes.

²⁴¹ Bundesgerichtshof (BGH), Sentencia de 22/10/2015.

Pero el caso que detonó el debate público y provocó la necesidad de legislar en el año 2014, fue el de *Olvido Hormigos*: una Concejal que pasó a la fama tras difundirse por internet un video íntimo y sexual que ella misma había grabado y enviado a su pareja²⁴².

El Juzgado de Primera instancia de Instrucción nº 1 de Orgaz, Toledo, con fecha 15 de marzo de 2013, archivó provisionalmente el caso por supuesto delito contra la intimidad de la ex Concejal de Los Yébenes. La juez decretó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones contra los dos imputados, -un futbolista acusado de la difusión del video de carácter sexual y el Alcalde de localidad-, por un delito contra la intimidad.

En la resolución se sostiene que, en el caso del futbolista, no procede hablar de delito contra la intimidad cuando la denunciante reconoció que, en el ámbito de la relación íntima que mantenía, le envió el video en varias ocasiones y voluntariamente a través del sistema de mensajería *WhatsApp*. Según argumentó la juez que conoció del caso, sólo si el acusado hubiera accedido al teléfono móvil de la denunciante sin autorización se podría hablar de un delito contra la intimidad²⁴³.

²⁴² No obstante haber formulado una reclamación por violación a su privacidad por la situación en la que se vio envuelta la víctima, aprovechando la notoriedad que le produjo el evento, publicó un libro sobre el tema con nombres de ficción, *El abrazo infiel*, Madrid, RBA, 2015.

²⁴³ TOURINO, Alejandro, *El derecho al olvido y la intimidad en Internet*, Editorial Catarata, Madrid, 2014, pp. 53/9.

En relación con la intervención del Alcalde, a quien la ex-Concejal acusó de difundir el documento desde el correo de la alcaldía, la juez manifestó que “más allá de un mero reproche ético y social”, sobre el que a ella no le corresponde pronunciarse, aunque el sujeto hubiera realizado tal comportamiento, no habría incurrido en delito, pues el video no fue obtenido sin consentimiento o autorización.

Por ese motivo, decidió archivar la causa contra ambos por el presunto delito contra la intimidad y practicar nuevas pruebas para determinar si los hechos pueden constituir un delito contra la integridad moral.

Un hecho parecido fue enjuiciado por la Audiencia Provincial de Lérida, que descartó la calificación de los hechos como delito contra la intimidad²⁴⁴.

En este caso se trata de la grabación consentida de las relaciones sexuales con la víctima y la posterior distribución no consentida de copias del video en bares y domicilios particulares.

La sentencia judicial entendió que, dado que el entonces tipo penal del artículo 197.1 exigía que las diversas conductas, en este caso la grabación, se realicen “sin consentimiento” y además “para vulnerar la

²⁴⁴ AP Lleida 90/2004 del 25 de febrero de 2004, FJ 1º, ARP 2002, 636.

intimidad de otro”, y tal intención era inexistente en el momento de la grabación, aunque más tarde se produjo la ruptura de la pareja²⁴⁵.

Evidentemente, la regulación de entonces relacionada con los delitos contra la intimidad estaba pensada para los casos más tradicionales y, por tanto, la redacción de aquel artículo 197.1 no permitía estimar el contenido de una regulación adecuada de los atentados contra la intimidad. Era necesario regular el consentimiento de una manera más clara y concisa, siendo importante distinguir entre “consentir una grabación o tomar una imagen para uso privado o solitario de dos personas” y “consentir grabarla o tomarla para difundirla”.

En este sentido, se ha advertido que hay que partir de un escenario distinto, donde ese despojo de intimidad no puede ser absoluto en el mundo digital, entre otros motivos porque la rapidez o inmediatez en la difusión supone un incremento de riesgo para el bien jurídico²⁴⁶.

Por su parte, la eficacia del consentimiento de los menores sobre su intimidad no estaba prevista expresamente en el Código Penal español. En el artículo 4.3 de la LO 1/1996 se limita la validez del consentimiento prestado por un menor de edad cuando la utilización de una imagen implica

²⁴⁵ AP Lleida 90/2004 del 25 de febrero de 2004, FJ 1º, ARP 2002, 636.

²⁴⁶ LLORIA GARCÍA, Paz, *Delitos y redes sociales: Los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al sexting*, “La Ley”, número 105, 2013.

que un menoscabo en su reputación, porque prima siempre el interés superior de los menores.

Por su parte, el artículo 13 del RD 1720/2007, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999 de protección de datos de carácter personal, distingue entre mayores y menores de 14 años, para que el menor pueda prestar válidamente su consentimiento en relación al tratamiento de sus datos. Así, antes de configurarse el tipo legal en estudio, la jurisprudencia española subsumía la conducta de difusión no consentida en otras diferentes tipicidades.

De esta manera, si las imágenes obtenidas con autorización pero difundidas sin consentimiento tuvieran un contenido sexual, manifestadas con carácter ofensivo, podría imputarse un delito de injurias graves con publicidad (artículo 209 del Código penal).

Asimismo, es de destacar la SAP de Santander 177/2014, por recurso de apelación interpuesto con fecha 30 de octubre de 2013²⁴⁷, a partir de los siguientes hechos: “Probado y así se declara que en el curso de la relación sentimental mantenida durante un tiempo determinado, en el año 2010, entre el menor Fausto, nacido en 1993, y la menor Petra, nacida en 1994, Fausto el día 11 de julio le pidió a Petra a través del programa de

²⁴⁷ Detallada en GUIASOLA LERMA, Cristina, *Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica. El caso particular del sexting*, en Antonio FALLOS GARDÓ (coord.), *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson S.L., Madrid, 2014.

mensajería instantánea MSN *Messenger* que se hiciera una fotografía mostrando el pecho y se la pasara y, ante la reticencia de Petra, Fausto le dijo, apremiándola, que la dejaría y la eliminaría de la cuenta si no hacía lo que le pedía, y que borraría la foto en cuanto la viera. Así consiguió que Petra, muy enamorada de él, y por miedo a que la dejase, se hiciese una fotografía con el torso desnudo y se le enviara por la misma vía para que Fausto la tuviera en el ámbito de la intimidad de su relación. No bastante, en los días posteriores Fausto amedrentó a Petra con subir la fotografía a Internet si no accedía a sus pretensiones de carácter sexual; manifestándole asimismo que pegaría su foto en las paredes del Instituto Besaya de Torrelavega, del que Petra era alumna, lo que no llegó a producirse. El día 27 de julio de 2010, desde la dirección IP NUM 002 fue subida la fotografía al sitio web *Image Shack*, publicándose la imagen, así como también se creó una cuenta en la red social *Tuenti* con el nombre de Petra, de la cual se publicó un evento con el título “Anti Petra (la Peliteñida) exterminémosla para tener un mundo mejor”, colgándose allí la fotografía; siendo así que a raíz de su divulgación en el mes de agosto una persona no identificada, Usando el Nick “*Casposo*”, la utilizó para, por medio de conversaciones de *Tuenti* con Petra, exigirle mantener relaciones sexuales. No ha quedado debidamente probado que el menor Fausto haya sido el que

publicó dicha foto en el citado sitio web, ni que el mismo fuera quien la puso en el evento de *Tuenti*²⁴⁸. Como consecuencia de la difusión de la fotografía en la red, Petra sufrió una situación de burla, humillación, rechazo por sus compañeros y aislamiento social, padeciendo un cuadro de stress agudo, con importantes secuelas de carácter psiquiátrico, y trasladándose, por recomendación médica, la residencia familiar a Oviedo”.

En este caso la Audiencia ratificó la Sentencia recurrida en cuanto a la calificación de los hechos como un delito de amenazas condicionales, declarando la libre absolución del menor de los delitos de pornografía infantil que le fueron imputados. Ello a pesar de que resultaba evidente a criterio del Fiscal que el acusado era la única persona que recibió la fotografía de la niña.

Es importante destacar que, paralelamente a la tramitación parlamentaria, el Ministerio de Justicia efectuó reuniones con un grupo de trabajo constituido por *Red.es* para elaborar las bases legislativas de la protección de los menores en Internet. El equipo de expertos se centró en el desarrollo sobre un marco normativo para contemplar importantes aspectos, como el derecho de acceso a Internet y los peligros a los que siempre se exponen los menores en este ámbito. Los trabajos se centraron

²⁴⁸ Detallada en GUIASOLA LERMA, Cristina, *Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica. El caso particular del sexting*, en Antonio FALLOS GARDÓ (coord.), *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson S.L., Madrid, 2014.

en el ámbito delictivo, pero también buscando formas para regular el acceso de los menores a contenidos inadecuados a comunidades peligrosas. Todo eso con el objeto de estudiar soluciones legales y normativas que otorguen respuestas a los diferentes problemas detectados²⁴⁹.

Ya en octubre de 2012, el Ministerio de Justicia español había incluido esta figura en el Anteproyecto del Código Penal. Con esta propuesta se buscaba castigar la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas, incluso si se han obtenido con consentimiento de la víctima. En el informe oficial del proyecto se presenta esta nueva figura penal como una forma de protección a la mujer, aunque en realidad la figura ampara a víctimas de ambos sexos²⁵⁰.

Hasta la introducción de esta propuesta de Reforma se contemplaba como delito en la figura básica del artículo 197 del Código penal español: *a)* el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico y otros documentos de naturaleza personal de la víctima; *b)* la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas

²⁴⁹ Participaron Miembros del Ministerio de Justicia e Interior, de red.es, del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil, de las principales operadoras telefónicas de España, de compañías de redes sociales y de medios de comunicación, jueces, fiscales, abogados y responsable de organizaciones que trabajan con infancia.

²⁵⁰ El informe que fundamenta la reforma dice: El Código penal ahonda, igualmente, en la protección de la mujer mediante la introducción de nuevas figuras delictivas, como el delito de matrimonio forzado, el de acoso u hostigamiento, la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima y la alteración de los dispositivos telemáticos para controlar medidas cautelares.

exigen la falta de consentimiento de la víctima, pues se tutela el secreto o derecho de reserva personal frente a su apoderamiento.

Con la reforma se propuso tutelar las imágenes o grabaciones de otra persona obtenidas con su consentimiento pero divulgadas contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y privado y su difusión sin el consentimiento de la persona afectada lesione gravemente su intimidad.

El legislador español ubicó este nuevo delito dentro de la figura de *descubrimiento y revelación de secretos* prevista en el artículo 197 del Código penal, que entró en vigor en julio de 2015, modificando el artículo 197, con la incorporación en el mismo del nuevo apartado número 7:

“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de 6 a 12 meses, el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquellas que hubiera obtenido con su anuencia, en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

Es de destacar que las meras fotografías son protegidas en la legislación española porque, pese a no ser originales, constituyen el resultado de un trabajo que puede tener gran valor comercial, documental, científico e informativo. Incluso con esta norma se amparan las fotografías

realizadas automáticamente o mecánicamente por instalaciones de seguridad²⁵¹.

I) Argentina

En Argentina aún no hay legislación sobre la revelación de imágenes publicadas sin el consentimiento de la víctima a pesar de haber sido tomadas con su anuencia.

Los primeros casos se intentaron canalizar penalmente, sin éxito, por la vía de los delitos contra los derechos intelectuales y de las injurias.

La mayoría de los casos trataba sobre ex parejas que difundían, por Internet, en blogs o por medio de un correo electrónico, fotografías o vídeos íntimos de carácter sexual con su ex pareja.

Lo que pretende la víctima desde el momento de la publicación es lograr retirar de Internet su fotografías íntimas, quedando el castigo del culpable en un segundo lugar frente a la urgente necesidad de lograr renovar sus datos y contenidos privados de la web.

El problema es que las medidas cautelares son difíciles de obtener penalmente, hasta que el caso llegue al menos a un estadio procesal

²⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de propiedad intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 280.

determinado -auto de procesamiento-, lo cual sirve de verosimilitud sobre el hecho para dictar una medida cautelar.

Así, en Argentina se recurrió al derecho del autor, pues el derecho a la imagen estaba contenido en la ley de derechos intelectuales (ley 11.723). En estos casos se argumentó que la foto era una obra intelectual y que quien la reproducía sin autorización incurría en el delito de reproducción no autorizada de obra intelectual.

Como se ha indicado²⁵², esta tesis tiene varios inconvenientes. El delito de reproducción no autorizada de obra intelectual no comprende la imagen como objeto protegido, sino las obras intelectuales originales²⁵³.

La imagen de una persona es un derecho personalísimo, no un derecho de propiedad intelectual. La ley 11.723 reprimía sólo la reproducción autorizada de obras intelectuales, no de imágenes²⁵⁴.

Una fotografía podría ser una obra intelectual bajo la ley 11.723. Esa fotografía puede contener la imagen de una persona pero, en ese caso el autor de la obra, que sería la foto, es quien toma la fotografía con la cámara, y no quien aparece retratado en ella. Por tanto, quien aparece en

²⁵² PALAZZI, Pablo, ob. cit., p. 4.

²⁵³ Artículo 72, inc. A), ley 11.723: “sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que el establece, además del secuestro de la edición ilícita: A) el que edite, venda, o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita o publicada sin autorización del autor o derecho-habientes”.

²⁵⁴ En la Argentina, hasta agosto de 2015 el derecho a la imagen estaba tutelado por la ley 11.723. Con la entrada en vigencia del nuevo Código civil comercial, el 1 de agosto de 2015, La imagen es un derecho autónomo tutelado por el artículo 52 del nuevo Código.

una fotografía no está legitimado para reclamar por el contenido de la obra, a menos que tenga una cesión escrita sobre los derechos de autor de la foto íntima, algo inusual en el contexto en el que se toman este tipo de fotografías²⁵⁵.

Las fotografías instantáneas de escenas íntimas no parecen pretender tener la categoría de obras intelectuales, pues no existe el elemento volitivo de crear una obra intelectual, y en muchos casos carecen de originalidad para ser consideradas como una obra intelectual.

Se ha entendido que no fue la intención del legislador argentino transformar cualquier foto o video de escenas íntimas en una obra intelectual y utilizar la ley 11.723 para perseguir penalmente a quien las difunde. El Derecho penal no admite ese recurso de creación legislativa por analogía²⁵⁶.

Sin embargo, no cabe descartar la calificación de obra intelectual en algunos casos y poder usar así los procedimientos de noticia and *take down* en los que estén legislado para dar de baja esta clase de contenido²⁵⁷.

Los casos a la fecha decididos en la Argentina siguen esta línea.

²⁵⁵ Podría tratarse de una *selfie*, en cuyo caso la aplicación de la ley 11.723 es procedente, o de una foto tomada de común acuerdo por todos los participantes de las fotos, en cuyo caso se podría hablar de coautoría de una obra intelectual.

²⁵⁶ PALAZZI, Pablo, *El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas*, en DUPUY, Daniela (Dir.), *Cibercrimen*, Ed. B de F, Argentina, 2016, p. 145.

²⁵⁷ FITZPATRICK, Alex, *Here's how celebs can get their nude selfies taken down*, "Revista Time", <http://time.com/3256732/jennifer-lawewnce-selfies-copyright>

La Cámara del Crimen confirmó un fallo de primera instancia y desestimó una denuncia penal iniciada por una modelo a la que se le habían publicado fotos personales en Internet. La defensa argumentó que su agravio se sustentaba en “la violación del derecho de imagen” de la modelo, ya que en el sitio web se han publicado imágenes sin su autorización; y ello de conformidad con la interpretación de los artículos 31 y 71 de la ley 11.723²⁵⁸.

Los jueces sostuvieron que “sin perjuicio de que las acciones civiles que pudiera corresponder, dado que las imágenes publicadas se corresponden con trabajos fotográficos y artísticos por los cuales la denunciante se encuentra vinculada contractualmente, al haber autorizado el uso de su imagen, corresponde confirmar la decisión en cuanto rechazo la petición de ser tenida por querellante”²⁵⁹.

Esta decisión se funda en que “la legitimación se encuentra, en cabeza de los autores y otros titulares de la propiedad intelectual y derechohabientes, expresión que debe entenderse referida a los adquirentes de la obra, o a las personas autorizadas por el autor al aparecer sus derechos”²⁶⁰.

En suma, se entendió que el sujeto no era titular de ninguna obra intelectual, razón por la cual confirmaron lo decidido en primera instancia

²⁵⁸ CNCrim. Sala VII, 13/2/2013, *N.A s/querella*.

²⁵⁹ CNCrim. Sala VII, 13/2/2013, *N.A s/querella*.

²⁶⁰ CNCrim. Sala VII, 13/2/2013, *N.A s/querella*.

y desestimar por inexistencia de delito la denuncia formulada por la modelo.

En la Argentina hubo al respecto un primer precedente, que es conocido por *Camus hacker*. El autor fue procesado en primera instancia por considerársele responsable de los delitos de amenazas coactivas y extorsión en grado de tentativa. Se trató de una causa penal en la que se investigaba la filtración en las redes sociales de fotos íntimas de famosos. La causa terminó en juicio abreviado, en el que se acordó la pena de tres años de prisión en delito de coacción, no haciéndose alusión a la sustracción de imágenes ni a si ésta eventualmente podría ser constitutiva de delito de hurto²⁶¹.

En el año 2008 se reformó el Código Penal argentino en materia de delitos informáticos, y a través de la ley 26.388 fueron introducidos varios delitos relacionados con la tecnología.

En el Proyecto de Reforma se había planteado incorporar el delito de captación y uso no autorizado de datos imágenes y sonidos, pero este tipo penal fue finalmente descartado en el debate parlamentario porque se entendió que podría alcanzar a las cámaras ocultas y, por ende, podría constituir una amenaza al periodismo de investigación, considerándose que la protección civil era suficientemente tutelar de la imagen.

²⁶¹ Juzgado Nacional de Instrucción penal de la ciudad de Buenos Aires, Argentina, número 49.

De esta manera, en la ley 26.388 -sobre delitos informáticos- quedó un vacío respecto de la tutela penal de la imagen, pues las nuevas tecnologías van avanzando y hoy en día es muy fácil captar la imagen, reproducirla y ponerla a disposición de toda la Web.

Si bien existen tipos de delito que amparan conducta relacionada con el uso de la imagen, ninguna de ellos tutela concretamente la difusión autorizada de imágenes captadas con consentimiento de la víctima²⁶².

Se debería apuntar a amparar al sujeto contra la difusión no autorizada de la imagen que originalmente se captó con su consentimiento en un lugar privado, y en el que el contexto ya va a entender que no debía difundirse; pues eran escenas íntimas y el titular se vería gravemente afectado en caso de difusión.

Recientemente, el Senado de la Nación otorgó media sanción a un proyecto de ley por medio del cual se penaliza expresamente la “publicación y/o difusión de imágenes no consentidas de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico de personas”. El nuevo

²⁶² La Comisión para la elaboración del proyecto de Reforma y actualización del Código Penal de la Nación, creada por decreto 678/12, presentó un anteproyecto en febrero de 2014, que en su artículo 120, bajo el epígrafe de Violación de la privacidad, proponía: “será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de 10 a 150 días, el que vulnerare la privacidad de otro, mediante la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o imagen, o se apoderará de registros no destinados a la publicidad”. Como puede observarse, se trata de registros de imágenes captadas sin consentimiento del titular, mediante el uso de dispositivos tecnológicos utilizados para evadir la privacidad. Pero las fotos o videos sobre sus escenas íntimas captadas con consentimiento pero sin intención de difundirlas no parece quedar dentro de este artículo.

artículo 155 bis²⁶³, que se propone en el proyecto de ley, se ubica en el Título V, entre los delitos contra la libertad individual, en el capítulo III - violación de secretos y de la privacidad-, por lo que cabe estimar que el bien jurídico protegido por esta infracción es el derecho a la intimidad personal, cuya área de reserva abarca la vida sexual de la persona, tanto en su aspecto físico como psicológico.

Más allá de la iniciativa y de la toma de conciencia de la problemática que se discute, en razón de la creciente cantidad de casos que se conocen en el país, lo cierto es que tal proyecto ha sido objeto de algunas críticas, por varias razones.

La finalidad de la difusión de imágenes o videos de contenido sexual, a través de las redes sociales sin el consentimiento de la persona afectada, es la de provocarle algún daño, ya sea por revanchismo, venganza o situaciones conflictivas del pasado; elemento decisivo al momento de hablar de pornografía venganza. Y estos fueron los fundamentos inspiradores de una legislación que apuntó exclusivamente a los casos de pornografía por venganza.

²⁶³ “Será reprimido con la pena de seis meses a cuatro años, el que hallándose en posesión de imágenes de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico de una o más personas las hiciere publica o difundiere por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier otro medio o tecnología de transmisión de datos, sin el expreso consentimiento de la misma para tal fin, aun habiendo existido acuerdo entre las partes involucradas para la obtención o suministro de esas imágenes o videos. La persona condenada será obligada a arbitrar los mecanismos necesarios para retirar de circulación bloquear, eliminar o suprimir, el material del que se tratare, a su costa y en un plazo a determinar por el juez”.

Sin embargo, el tipo penal carece de la exigencia de elemento subjetivo que caracteriza a esta modalidad -móvil dañar, humillar, etc.- y, por esta razón, seguramente surgieron discusiones acerca de si se trata un delito doloso, para el que es suficiente el dolo directo, o de un delito portador de un elemento subjetivo del injusto que requiere en el autor algo más que el dolo, es decir, un componente subjetivo distinto del dolo y trascendente de él que caracteriza al delito como un tipo penal subjetivamente configurado.

Entonces, sólo se concretará el tipo penal en proyecto cuando el autor difunda la imagen de contenido sexual que haya sido obtenida con la finalidad de su difusión, pero sin la exigencia de constituir una hipótesis de pornografía por venganza.

Tampoco deja en claro si exige una previa captación de imágenes consentidas por las partes y su posterior difusión, sino que parecería que comprende también la obtención ilícita o sin consentimiento de las imágenes o videos.

Asimismo, es sumamente difícil determinar a qué se refiere con desnudez parcial. Una fotografía de una mujer en traje de baño bikini ¿es expresión de una desnudez parcial?

Por otra parte, considero que la pena prevista es alta -seis meses a cuatro años- entendiendo que existe una falta de adecuación respecto a las sanciones previstas para los otros tipos penales del mismo capítulo.

Parece imposible, o de muy difícil cumplimiento, que sea la persona condenada quien esté obligada a retirar de circulación, bloquear o eliminar el material en cuestión, toda vez que resulta ilógico que la víctima deba esperar a que el autor sea condenado mediante sentencia firme para que las retire o elimine de la red, habiendo de tolerar la continuación en la violación a su derecho fundamental a la intimidad personal, condicionando al largo tiempo de duración del proceso penal un permanente escarnio digital.

II.- Sistemática legal: la redacción anterior y la vigente del Código penal español

El Código penal español recogía en sus Títulos X y XI un catálogo de delitos tendentes a proteger el derecho a la intimidad y al honor. El derecho a la propia imagen no gozaba de protección penal autónoma en España, con lo que sólo será protegido por la vía penal frente a ataques que conculquen otros derechos, tales como la intimidad, el honor o la indemnidad sexual. En su redacción anterior, el artículo 197, apartados primero y cuarto, disponía:

“1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal

de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses”.

“4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”.

Finalmente, el artículo 197.6 preveía una agravante de los tipos anteriores cuando los hechos afecten a datos que revelen la vida sexual, en cuyo caso la pena se aplicaba en su mitad superior.

Ahora bien, el apartado cuarto castigaba una conducta consistente en el apoderamiento o descubrimiento ilícito de documentos, mensajes u objetos de carácter privado y; mientras que el apartado primero castigaba la adquisición ilícita del material íntimo, el apartado cuarto sancionaba su difusión.

Sin embargo, en los casos de reenvío no consentido de imágenes y/o videos íntimos y privados, no se había producido un apoderamiento ilícito de material privado seguido de su difusión, pues la persona que recibía un mensaje íntimo y lo reenviaba sin consentimiento del protagonista no se había apoderado ilícitamente de aquel material, sino que lo había recibido del primer emisor, quien lo había remitido libremente, por decisión propia, despojándose de su intimidad libremente.

Pero, consecuentemente, quien divulgaba ulteriormente ese material, tampoco tenía responsabilidad penal alguna, porque el segundo párrafo del artículo 197.4 CP sancionaba a quien, sin haber participado en el

descubrimiento ilícito de la información, la obtiene por otras vías y se limitaba a difundirla consciente de que ha sido obtenida de manera ilícita.

Entonces, en razón de que el descubrimiento de información no ha sido ilícito, sino voluntariamente emitido por el protagonista de las imágenes y/o videos en cuestión, el tipo penal no resultaba de aplicación.

La nueva redacción del artículo 197.7²⁶⁴ del Código penal español viene a sancionar la difusión de imágenes o grabaciones audiovisuales sin consentimiento del protagonista.

Esta conducta se ha convertido en una nueva forma de vulneración de la intimidad, que cobró un importante impulso con el escándalo mediático acaecido en el municipio de Los Yébenes, que analizaremos en el siguiente epígrafe.

La redacción no restringe el tipo delictivo a la difusión de imágenes o grabaciones de naturaleza sexual, sino que contiene una formulación más genérica referida a las vulneraciones graves de la intimidad personal, en la que se encuentran comprendidas la intimidad corporal y la vida sexual. Es decir: aunque los casos más comunes están directamente relacionados con cuestiones de índole sexual, no cabe excluir de su alcance la difusión de

²⁶⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la L.O 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo este delito con el propósito de tutelar el derecho a la intimidad y a la propia imagen de una forma más efectiva. Cfr. Informe al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la orgánica 10/1995, el 23 de noviembre, de Código penal, del Consejo General el Poder Judicial.

otras imágenes o grabaciones íntimas que no tengan que ver con las de aquella índole.

El tipo penal castiga la transmisión sin permiso de contenidos obtenidos con permiso. Si hasta ahora los delitos referidos a la intimidad exigían el acceso *ilegal* a una determinada esfera de la intimidad de un tercero, en la nueva redacción el acceso es plenamente legal, conocido y consentido por la víctima.

III.- Reforma introducida a raíz del “*caso Olvido Hormigos*”

La introducción del apartado 7 el artículo 197 CP tiene su origen en el caso de una Concejal que fue víctima de la difusión de un video de carácter erótico-sexual sin su consentimiento²⁶⁵. Sin embargo, es discutible si aquella conducta puede adecuarse al nuevo precepto porque la persona afectada no consintió ser grabada por otra persona, sino que se grabó a sí misma y posteriormente envió el propio video íntimo a un tercero, siendo el mismo difundido sin su consentimiento y desconociendo la autoría de quien lo divulgó.

Los antecedentes del caso son los siguientes: las actuaciones se iniciaron mediante Atestado del puesto de la Guardia Civil de Los

²⁶⁵ Juzgado de 1ª. Instancia e Instrucción Nº 1, Orgaz, auto 00369/2016, 12/5/2016.

Yerbenes -Toledo-, a través de una denuncia formulada por OHC en razón de la supuesta comisión de un delito contra la intimidad imputable a CSR, formulando denuncia con posterioridad ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Orgaz, por la presunta comisión del delito de injurias debido a la difusión del video sexual que la denunciante misma filmó y envió, identificándose a dos usuarios²⁶⁶.

La abogada de los imputados solicitó el archivo del caso porque estimaba que los hechos no eran constitutivos de delito. La representación de la denunciante se opuso al archivo del procedimiento, pero el Ministerio Fiscal consideró que era necesario el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones al apreciar que los hechos no eran constitutivos de un delito contra la intimidad, aunque era pertinente continuar con la práctica de las actuaciones con el fin de determinar si los hechos podían subsumirse en el tipo penal del artículo 173.2 del código penal, delitos contra la integridad moral²⁶⁷.

Los fundamentos de derecho se centraron en determinar la tipicidad o atipicidad de los hechos y su posible calificación mediante el resultado de las pruebas realizadas en la investigación.

²⁶⁶ DELGADO CARRILLO, Cynthia, *Nuevas tecnologías y atentados contra la intimidad o indemnidad sexual: el sexting y figuras afines*. Tutor: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, Universidad de La Laguna, Tenerife, 2016, pp. 4 y ss.

²⁶⁷ DELGADO CARRILLO, Cynthia, ob. cit., pp. 4 y ss.

La juez estimó que en este caso concurría un elemento fundamental: la declaración realizada por la víctima porque manifestó que, en el ámbito de una relación íntima con el imputado, y a petición del mismo elaboró, voluntariamente, un video de contenido sexual en su domicilio utilizando su teléfono móvil, y posteriormente, procedió a enviárselo.

En razón de lo expuesto, entendió la magistrada que los hechos que se denunciaron no pueden adecuarse a un delito contra la intimidad; toda vez que el elemento volitivo, es decir la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante se manifestó en el momento en que procedió a efectuar el envío del video al imputado a través de su teléfono celular²⁶⁸.

El artículo 197.1 del Código penal castiga al que “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación”²⁶⁹.

²⁶⁸ FERNÁNDEZ DELGADO, Leopoldo O., *El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de Reforma de Código Penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos*, “Revista de Derecho y Proceso Penal”, ISSN 1575-4022, número 35, 2014, pp. 183/200.

²⁶⁹ DELGADO CARRILLO, Cynthia, *Nuevas tecnologías y atentados contra la intimidad o indemnidad sexual: el sexting y figuras afines*. Tutor: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, Universidad de La Laguna, Tenerife, 2016, pp. 4 y ss.

El precepto tutela dos bienes jurídicos: los secretos propiamente dichos y la intimidad de las personas. Pero lo que en realidad sanciona es la conducta de *apoderamiento o interceptación sin consentimiento*, esto es, un comportamiento que en este caso no concurre, por cuanto la afectada manifestó que voluntariamente envió el video al imputado, razón por la cual los hechos en estudio no pueden subsumirse en el tipo penal²⁷⁰.

Según el análisis del Tribunal, el artículo en su apartado segundo dispone que “las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de terceros, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrá a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

Sin embargo, aquí la conducta típica exige la *falta de autorización*, y en este caso el imputado recibió el video en su teléfono celular enviado por la propia OHC de manera voluntaria y consciente.

La decisión adoptada por la juez de Orgaz, de 15 de marzo de 2013, nos permite tener un panorama antes de la reforma, pues en su entender los hechos se podrían haber adecuado en el tipo penal si se hubiera producido

²⁷⁰ DELGADO CARRILLO, Cynthia, *Nuevas tecnologías y atentados contra la intimidad o indemnidad sexual: el sexting y figuras afines*. Tutor: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, Universidad de La Laguna, Tenerife, 2016, pp. 4 y ss.

un acceso no autorizado al móvil de la denunciante en el que se encontraba el video de contenido íntimo por parte del imputado CSR²⁷¹.

Asimismo, y con relación al otro imputado -PAG-, por la presunta comisión de un delito contra la intimidad al enviar el video a un correo electrónico, la juez consideró que, no pudiéndose contrastar los hechos relatados por la denunciante, dado que el imputado se acogió a su derecho a no declarar, no puede decretarse que haya realizado una conducta típica, pues la divulgación o circulación del video no se encuentra penada²⁷².

Concluye la magistrada que los hechos no son constitutivos de un delito contra la intimidad tipificado en el artículo 197 y siguientes del código penal, por lo que se decretó el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de los imputados con el fin de determinar si los hechos pudieran ser consecutivos de un delito contra integridad moral tipificado en el artículo 173.2 del Código penal; decisión disponible, pues puede interpretarse que la denunciante asuma el riesgo y las consecuencias derivadas de la realización de la acción, independientemente del perjuicio que se le puede causar al menoscabar su intimidad²⁷³.

²⁷¹ FERNÁNDEZ DELGADO, Leopoldo O., *El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de Reforma de Código Penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos*, “Revista de Derecho y Proceso Penal”, ISSN 1575-4022, número 35, 2014, pp. 183/200.

²⁷² DELGADO CARRILLO, Cynthia, *Nuevas tecnologías y atentados contra la intimidad o indemnidad sexual: el sexting y figuras afines*. Tutor: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, Universidad de La Laguna, Tenerife, 2016, pp. 4 y ss.

²⁷³ DELGADO CARRILLO, Cynthia, ob. cit., pp. 7 y ss.

A raíz de lo expuesto, vienen a darse a la luz este tipo de casos, más allá de lo discutible que resulta adaptar el caso en estudio al nuevo tipo penal descrito en el artículo 197.7 CP, en términos dispositivos que marcan una clara diferencia entre el consentimiento que se otorga para la producción del video y la prestación de la anuencia para su posterior difusión por parte de terceras personas.

CAPÍTULO IV

ACCIÓN

I.- Comportamiento típico

Únicamente se puede punir una conducta (acción u omisión) personal que sea exteriormente manifestada por un sujeto y tenga una gran trascendencia social al lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente protegido.

Se ha resaltado que el concepto de acción es central en la teoría del delito: el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra. Sin la acción no hay delito posible, el Derecho penal sanciona actos y no disposiciones subjetivas. La acción penalmente relevante es una categoría específica de hechos; pudiéndose clasificar estos últimos en humanos y en no humanos y, dentro de los primeros, en involuntarios y en voluntarios. Sólo los hechos humanos voluntarios pueden adquirir relevancia típica, pues sólo esos son *acción* en sentido penal²⁷⁴. El principio de acto se desprende del artículo 25. 1 CE y se proclama en el artículo 1 y en el artículo 10 CP, conforme al cual son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley²⁷⁵.

Definido el delito como una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico prevista en un tipo penal, imputable a una conducta humana

²⁷⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 67.

²⁷⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 67.

intersubjetivamente peligrosa *ex ante* no justificada y personalmente prohibida a un sujeto penalmente responsable, se distingue entre la exigencia de un comportamiento humano, como requisito general de todo tipo penal, y la necesidad de que concurra la específica conducta exigida por un tipo penal determinado. La comprobación de lo primero es previo al examen de la segunda. Así, si el sujeto actuó bajo una fuerza irresistible que excluye el comportamiento humano, no será necesario comprobar qué concreto tipo penal podría considerarse realizado²⁷⁶.

Se ha entendido²⁷⁷ la acción como una conducta humana, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado, considerando que dicha conducta humana es el elemento constitutivo común a todas las formas de aparición del delito. La conducta humana abarca tanto los casos en que esta voluntad dirigente prevé el resultado típico (hechos dolosos), como aquellos en los cuales la voluntad está dirigida a un resultado distinto

²⁷⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 5ª edición, Barcelona 1998, pp. 151, 153, quien indica que el delito es una especie del género comportamiento humano y que ello no significa ni que ésta sea la única concepción posible del delito, ni que resulte conveniente comenzar la comprobación de si un determinado hecho constituye delito examinando si concurre un comportamiento humano. La exigencia de un comportamiento humano no debe verse como algo previo al Derecho penal ni a los tipos penales, pues éstos delimitan el comportamiento relevante. Así, tampoco es conveniente comenzar el análisis de los casos prácticos preguntando si concurre un comportamiento humano antes de saber si el hecho puede subsumirse en algún tipo penal. Para decidir si un determinado hecho constituye o no delito, lo primero que hay que comprobar es si constituye una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal prevista en algún delito; pues sería una pérdida de tiempo empezar examinando si concurre alguna causa de exclusión del comportamiento humano respecto a un hecho evidentemente atípico.

²⁷⁷ MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl-Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, § 16, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 242.

de típico causado por el autor, debido a la falta de dirección apropiada (hechos culposos). En los delitos de comisión la conducta dirigida representa la única base de la infracción a la norma que caracteriza al delito. En los delitos de omisión, la conducta, dirigida a un resultado típico o atípico, se transforma en una omisión sólo cuando el autor no hace algo determinado²⁷⁸.

JAKOBS señala que “no es la naturaleza la que enseña lo que es la acción, como pretendía la escuela de VON LISZT con su separación de lo físico y lo psíquico; tampoco puede extraerse de la ontología, como WELZEL intentó demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho penal. Por tanto, un concepto jurídico-penal de acción debe combinar sociedad y Derecho penal, debiendo contener una teoría lo más completa posible del comportamiento jurídico-penalmente relevante”²⁷⁹.

ROXIN resalta que “un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende a la acción como una manifestación de la personalidad lo que significa lo siguiente: en primer lugar es acción todo lo

²⁷⁸ MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl-Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, § 16, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 242.

²⁷⁹ JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico-penal de acción*, en *Fundamentos del Derecho penal*, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 75.

que se le puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de la acción, y eso falta en casos de efectos que parten únicamente de la esfera corporal del hombre, o del ámbito material, vital y animal del ser, sin estar sometidos al control del yo, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano²⁸⁰.

II.- El concepto de acción en la actual dogmática penal

Dejando atrás las teorías tradicionales que durante más de un siglo profundizaron en la discusión sobre el concepto penal de acción²⁸¹, en la

²⁸⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., tomo I, § 8, p. 252: Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas estas formas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y conciencia, y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la etapa anímico-espiritual de la persona. Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones.

²⁸¹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 68/71, donde efectúa un análisis sistemático de las sucesivas configuraciones de la conducta en la dogmática penal conforme al siguiente esquema. *Concepto causal clásico de acción*: formulado a fines del siglo XIX, cuyos representantes fueron Franz von Liszt y Ernst Beling, quienes formularon un sistema penal cuyos principios científicos se inspiraban en la filosofía positivista -naturalista- kantiana, que entendía que el delito se dividía en dos partes bien diferenciadas: el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Von Liszt definía la acción como un proceso causal que nace de la voluntad humana y modifica el mundo exterior, de manera que entre una conducta y un resultado material se podía establecer un nexo de causalidad que determinaba que esa acción era penalmente relevante. *Concepto causal neoclásico de acción*: Mezger sostenía que la acción es el comportamiento humano que expresa el querer personal de un sujeto, los cuales aparecen unidos entre sí por una relación de causalidad interna o psicológica existente entre la voluntad y el acto. *Concepto finalista de la acción*: según Welzel, la

actualidad el debate dogmático se centra en un conjunto de construcciones doctrinales continuadoras del desarrollo de la cuestión²⁸².

Concepto negativo de acción: define la conducta humana como la no evitación de un resultado existiendo la posibilidad de haberlo evitado, definición que engloba tanto a la acción como a la omisión²⁸³. La acción, según esta doctrina, consiste en no evitar lo evitable en posición de garante, o no emprender una acción que evitaría el peligro, pudiendo ser producido el peligro por el propio impulso destructivo del autor o con independencia de él²⁸⁴.

Resulta significativa la posición de HERZBERG, quien se muestra crítico de la idea de que la acción deba ser neutral y previa al tipo, sino que debe ser formulada a partir de las valoraciones jurídico-penales²⁸⁵.

acción es ejercicio de actividad final, de manera que, todo acontecer voluntario es necesariamente final, y no meramente causal: la voluntad de algo debe estar dirigida a una finalidad determinada. *Concepto social de la acción:* para Jescheck, la acción es toda conducta socialmente relevante, pero que, de algún modo, depende de la finalidad manifestada por el sujeto; pues la esencia del delito radica en la inadecuación social de una conducta, que merece ser descrita como delito.

²⁸² Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., 2ª edición, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, pp. 160 ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, cit., pp. 154 ss.

²⁸³ Este concepto fue propuesto por un sector de la dogmática alemana, representado por Herzberg y Behrendt, tal y como en sistemática exposición señala POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 71.

²⁸⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 177 ss.

²⁸⁵ HERZBERG, Rolf Dietrich, *Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito pretípica*, traducción de Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 25 y ss.

Esta teoría puede adaptarse al tipo penal en estudio, en la medida en que la persona que difundió, reveló o cedió, sin autorización de la víctima, las imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con su asentimiento, no evitó el resultado de daño grave en la intimidad personal de la víctima, pudiéndolo haber evitado, haciendo recaer el contenido de la acción en el incumplimiento del deber jurídico que incumbe al sujeto de la acción delictiva.

Concepto personal de acción: la acción es una manifestación de la personalidad del sujeto, es decir una conducta sometida al control del yo, y por esa razón puede ser atribuida al hombre como centro anímico-espiritual de la acción²⁸⁶; prescindiendo de otros criterios anteriormente exigidos como la voluntariedad, conciencia o finalidad, fundamentando dicha exclusión en que esos criterios son inadecuados para explicar la esencia y límites de supuestos de actos automatizados, instantáneos, pasionales, etc.²⁸⁷.

La acción de difundir, revelar o ceder las imágenes íntimas se relaciona estrictamente con la personalidad del autor que controla dicho modo conductual de comportamiento típico, regido por las facultades del

²⁸⁶ Este concepto fue desarrollado por Claus Roxin, tal como expone POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 72.

²⁸⁷ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, *Fundamentos, la estructura de la Teoría del delito*, 2ª. edición, Madrid, Thomson Civitas, 2003, pp. 233 y ss.

psiquismo humano, desde lo anímico-espiritual, que desaparecen en las situaciones en que el sujeto se halla desprovisto de toda conciencia, voluntariedad y finalidad.

Concepto relacional de acción: se denomina concepto relacional del comportamiento humano, porque su esencia se define por la relación entre el yo, como centro espiritual del ser humano, y el mundo exterior mediante el manejo de los procesos causales, ya sea posibilitando esos procesos mediante un hacer activo, o impidiendo que los mismos se produzcan, o dejándolos que ocurran en el mundo sin ejercer un control sobre ellos. Este concepto ha sido configurado por GIMBERNAT, quien elabora una noción dogmática influida por la concepción psicoanalítica de FREUD y sostiene: “la persona se relaciona con el mundo exterior mediante el manejo de procesos causales: bien sea poniéndolos en marcha -comportamiento activo-, bien dejando que sigan su curso -o que no se inicien- dichos procesos -comportamiento pasivo-”. Según el autor, “para que exista una relación de la persona como ser espiritual frente al mundo exterior, es preciso: en primer lugar, que esté consciente; y, en segundo lugar, que también sea físicamente posible una actitud -hacer o no hacer- distinta de la que en concreto se adoptó. En consecuencia, no puede hablarse de conducta cuando el yo está desconectado (por ejemplo, durante el sueño) ni cuando estando consciente no tiene acceso a la motilidad porque la actividad o la inactividad están condicionadas físicamente (*vis absoluta*, movimientos

reflejos). En consecuencia, para que exista comportamiento es decisivo que se lleve a cabo mientras el yo se encuentra en estado consciente y que dichos movimientos o movibilidades no estén condicionados físicamente y de forma necesaria”²⁸⁸.

Habría que apreciar acción en relación al tipo penal en estudio, de acuerdo a esta teoría, cuando las actividades -no autorizadas- de difusión, revelación y cesión de las imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento de la víctima fueron llevadas a cabo efectivamente por un sujeto consciente que hubiere dispuesto de la facultad física de la posibilidad de conducta -hacer o no hacer- distinta de la que en concreto se adoptó.

Concepto funcionalista de acción: JAKOBS²⁸⁹ ha configurado una concepción normativa de la acción en la que la culpabilidad representa un presupuesto de la acción, entendiendo que el comportamiento, en cuanto suceso psico-físico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable. El hecho no puede separarse del autor, y la imputación penal tampoco, pues la conexión entre hecho y autor no establece, sino que determina qué es realmente un hecho. No puede construirse la acción con independencia, y

²⁸⁸ Cfr., sobre esta concepción de GIMBERNAT, singularmente POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pp. 72 y ss.

²⁸⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 156 ss. Cfr., sobre este concepto funcionalista normativo, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 73 y ss.

de manera previa, a todos los atributos valorativos del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad), que conforman parte substancial de la acción²⁹⁰.

De acuerdo a esta teoría, el comportamiento, como suceso psico-físico de quien difundió, reveló o cedió sin autorización las imágenes íntimas obtenidas con anuencia, deberá ser objetivamente imputable, evitable y culpable; pues el hecho y la imputación penal no pueden en esta concepción normativa disociarse del autor.

Concepto adscriptivo de acción: este concepto parte de los planteamientos semióticos de la filosofía del lenguaje, sustentada por HRUSCHKA, que define a la acción como una conducta reglamentada, regulada por la norma, asentándose en una interpretación normativa, fundamentadora de la aplicación de una regla, y no en la verificación de un hecho²⁹¹.

Desde la perspectiva de esta concepción de la conducta típica, la acción descrita en la figura legal se produce por el sujeto en la medida en que el actuar del mismo ha de ponderarse desde la óptima de la exigencia de la norma reguladora, y en la realización de la conducta que precisamente alcanza relevancia típica en cuando es un modo de comportamiento

²⁹⁰ JAKOBS, Günther, ob. cit., pp. 156 ss. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pp. 73 y ss.

²⁹¹ *Vid.*, sobre el concepto adscriptivo de acción en la dogmática penal actual, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 73 ss.

adscribible a la norma, esto es, regulado por la misma, lo que representa un aspecto evidente en el plano del comportamiento consistente en la difusión indebida de un objeto en condiciones determinados, con independencia de la legitimidad de la obtención del mismo.

Concepto intencional de acción: este concepto es sostenido por otros autores, y fundamentado en la filosofía del lenguaje, enmarcando el concepto en un planteamiento teleológico del sistema penal, abriendo nuevos cauces a la consideración de las relaciones entre la manifestación exterior de la voluntad humana y los restantes elementos integrantes del concepto jurídico de delito²⁹².

La variable intencional y normativa de la conducta descrita en el tipo legal de la difusión de grabaciones o imágenes íntimas se aprecia con singular nitidez en el propio sentido teleológico que impregna la conducta de la divulgación general y pública de un objeto de contenido que es genuinamente privado, y que requiere para su legal puesta en conocimiento de terceros de la concreta anuencia del titular del bien jurídico que por su carácter reservado sólo por él es jurídicamente disponible.

²⁹² *Vid.*, sobre las configuraciones de SCHMIDHÄUSER, KINDHÄUSER Y ALLWART aludidas, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 73.

III.- Funciones del concepto de acción

A las funciones tradicionales del concepto de acción se han agregado en la actualidad otras funciones, entre las que son de resaltar las siguientes.

Función de definición o clasificación: la acción es la base objetivo material de la cual se predicen varias cualidades adicionales o específicas: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. La acción es el común denominador a que cabe reducir todas las formas de delito o manifestación de la conducta punible: de acción, de comisión, imprudentes, dolosos, consumados, tentados, etc²⁹³.

La acción reflejada en los diferentes comportamientos que exige el tipo penal en estudio -difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales sin anuencia de la víctima-, será el fundamento objetivo-material de la tipicidad, y presupuesto necesario para la apreciación de la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad de la misma.

Función de relación: la acción desempeña una función de enlace entre la misma acción y las cualidades que se predicen de esa acción. ROXIN ha señalado que el concepto de acción es neutral frente al tipo, a la antijuridicidad y a la culpabilidad, porque el significado sistemático que le

²⁹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 74.

correspondería al concepto de acción se vería perturbado si el concepto que produce la unión es caracterizado con predicados valorativos que lo que tiene que hacer es unir entre sí. Con esa neutralidad, se consigue según el autor, que la acción conserve su propio ámbito y su fuerza expresiva, sin invadir el campo propio del concepto que tipo²⁹⁴.

Como se ha señalado, esa suposición es cuestionable; pues no se ve con claridad por qué motivo no puede definirse la acción por las diferencias específicas que sobre esa se apoya. La acción es acción finalmente relevante si se predicán de ella esas características valorativas: la acción en Derecho penal sólo será acción completa cuando se valoran y tienen en cuenta en ella el resto de las características sistemáticas que integra el concepto jurídico de delito. Por ello, la acción penalmente relevante sólo es acción en sentido penal cuando no es neutral frente a la tipicidad, a la antijuricidad, a la culpabilidad y a la punibilidad. Tales elementos

²⁹⁴ Esta suposición, a juicio de POLAINO NAVARRETE, es cuestionable. No se alcanza a ver con claridad por qué razón no puede definirse la acción por las diferencias específicas que sobre ella se apoya. La acción en Derecho penal sólo es acción completa cuando ya se valoran y tienen en cuenta en ella el resto de las características sistemáticas que integran substancialmente el concepto jurídico de delito. De otro modo, no sólo no se aseguraría un ámbito propio al concepto de acción, sino que se le vaciaría de contenido. Por ello, la acción penalmente relevante sólo es acción en sentido penal cuando no es neutral frente a la tipicidad, a la antijuricidad, a la culpabilidad ni a la punibilidad. Tales elementos conforman substancialmente el núcleo de la acción penal. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 74/5.

conforma substancialmente el núcleo de la acción penal; pues ésta sin aquéllos es un *nullum* jurídico-penal²⁹⁵.

En la línea crítica a la teoría de ROXIN, la acción descrita en el tipo penal en estudio jamás será neutral, respecto a la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, en cuanto características esenciales que conforman el núcleo del hecho delictivo.

Función de delimitación: también la acción constituye un elemento límite entre lo penalmente relevante y lo finalmente irrelevante; la acción delimita aquellas modificaciones del mundo exterior que aun suponiendo lesión de bienes, no son acciones en sentido penal, de manera que no lesionan bienes jurídicos. Ejemplo de ello son las catástrofes naturales, actos de sujetos incapaces de acción: vis absoluta por fuerza mayor, actos reflejos carentes de voluntad humana, etc²⁹⁶.

Referida esta teoría al caso concreto, es de observar que conforme a la misma no han de ser tenidas en cuenta todas las manifestaciones de voluntad del sujeto, sino aquellas que son penalmente relevantes por lesionar bienes jurídicos.

Otras funciones que se han atribuido al concepto de acción son las de delimitación entre unidad y pluralidad de acciones en los concursos de

²⁹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 74 y ss.

²⁹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 75 ss.

delitos; la función de clarificación, mediante la cual la acción aporta algo substancial a la explicación del hecho punible que lo distinga de otras apariciones lesivas (especialmente de catástrofes naturales), que explique el delito como causación de un daño y, al mismo tiempo, que resalte el delito como institución social, ya sea para evitarlo o bien para delimitarlo; función de substanciación, en donde la acción representa el fundamento material que rellenaría todo tipo de delito; y, por último, la función de imputación con que consiste en atribuir como propio un suceso externo a una persona completa; para lo cual no basta la causalidad, por la persona como individuo no puede ser causal respecto de un resultado, sino que requiere de un hecho exteriormente manifestado²⁹⁷.

En consecuencia, como se señala *ut supra*, no resulta posible la construcción de un concepto de acción valorativamente neutral, que se conforme independientemente de la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad pues, sin los cuales, el concepto de acción es incompleto, no es un concepto jurídico penal de acción.

En ese sentido el concepto de acción puede entenderse de manera normativa según la cual sería posible incorporar al concepto de acción toda la escala problemática hasta la culpabilidad, como ha sostenido el funcionalismo normativo de JAKOBS, para quien la acción es acción

²⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 75 ss.

culpable, pues la culpabilidad se concibe como un presupuesto de la acción, y no como un estrato valorativo situado en una secuencia lógica sistemática posterior²⁹⁸. El hecho no puede separarse del autor, y la imputación de las tampoco, pues la conexión entre hecho y autor determina qué es realmente un acto²⁹⁹.

IV.- Delimitación típica de la acción

El avance de la tecnología que facilita la constante disponibilidad y utilización de los dispositivos aptos para captar y difundir imágenes viene cambiando los hábitos de la relación y comunicación entre las personas.

Entre los cambios aludidos se incluye el creciente problema que consiste en la difusión o publicación, a través de Internet, o de un dispositivo móvil, de imágenes y/o grabaciones audiovisuales de contenido íntimo -no necesariamente sexual- producido y/o protagonizado por el emisor.

Los problemas jurídicos surgen cuando la persona que recibe dichos mensajes privados decide compartirlos con terceras personas sin el

²⁹⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., 2ª edición, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, pp. 156 ss.

²⁹⁹ *Vid.*, sobre el concepto funcionalista normativo de acción en la dogmática penal actual, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 73 ss., esp. 76 ss.

consentimiento del primer emisor, protagonista y/o productor de material íntimo.

La particularidad de este comportamiento estriba en el hecho de que quien comparte un aspecto propio de su intimidad con un tercero, lo hace voluntariamente. La exposición de su intimidad, que se materializa al emitir el material digital íntimo, sitúa al emisor en una situación de grave riesgo para sus derechos a la intimidad y a la propia imagen, en razón de que aquellos archivos recibidos por el destinatario elegido por el emisor, podrán ser reenviados o reproducidos indiscriminadamente por el receptor, perdiendo la víctima el control sobre dichas imágenes digitales.

La conducta típica de la publicación o difusión de imágenes íntimas sin el consentimiento del titular de las mismas a cuya privacidad afectan aparece configurada en un tipo penal mixto alternativo, de manera que podrá realizarse mediante cualquiera de los verbos *difundir*, *revelar* o *ceder* a terceros.

Difundir: comprende los supuestos en los que el sujeto que ha tomado o recibido directamente de la víctima la imagen o grabación audiovisual es quien la divulga o propaga a otras personas. Por ejemplo, difundir a través de la red social *Facebook* una fotografía de su novia

desnuda que ésta le había enviado, fue considerada atípica al amparo de la regulación anterior a la reforma de 2015³⁰⁰.

Difundir parece tener un mayor significado de expansión que los otros dos verbos, ya que en la revelación o la cesión bastaría que se haya hecho a una sola persona. Sin embargo, la difusión se trata de una conducta que comporta expandir de forma indeterminada lo relativo a sujeto pasivo³⁰¹.

Revelar: se trata de los casos en que el sujeto que ha tomado o recibido la imagen o grabación se la muestra a terceras personas. Por ejemplo, mostrar a un amigo un video de contenido sexual realizada por el sujeto activo su pareja.

Ceder: comprende los casos en que el sujeto entrega a terceras personas la imagen o grabación que ha recibido o tomado para que disponga de las mismas como consideren conveniente. Por ejemplo, el sujeto que luego de recibir de su pareja una grabación en la que aparece desnuda y en actitudes de alto contenido sexual, la cede a otro que trabaja en un medio de comunicación.

La acción típica del delito en estudio consiste en difundir contra la voluntad de la víctima imágenes de escenas muy privadas o íntimas, que inicialmente fueron captadas con su consentimiento durante una

³⁰⁰ SAP de Granada de 5 de junio de 2014.

³⁰¹ JAREÑO LEAL, Ángeles, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2008, p. 85.

determinada relación, y que luego se difunden sin la anuencia de la misma, constituyendo una afectación de su derecho a la imagen y de su derecho a la intimidad.

Es común que esta modalidad de conducta sea denominada *sexting*, que etimológicamente proviene de la unión de dos términos anglosajones: *sex* (sexo) y *texting* (envío de mensajes), aunque esta denominación es utilizada más frecuentemente cuando los sujetos afectados, o al menos uno de ellos, son menores de edad.

De todos modos, se podría definir tal comportamiento como la publicación de contenidos -principalmente fotografías o videos-, generalmente de tipo sexual o erótico, producidos por el propio remitente utilizando para ello un teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico³⁰².

Lo cierto es que, si bien en la mayoría de los casos en estudio -tanto de adultos como de menores de edad- el contenido de las imágenes o grabaciones es de carácter erótico o sexual, el tipo penal vigente no se circunscribe específicamente a ello: podría tratarse de otro contenido de carácter íntimo y privado que requiere que se encuentre exento del conocimiento de personas no elegidas por el remitente.

El aludido aspecto característico del comportamiento típico ha sido definido en los siguientes términos: “a self photographing nude body or

³⁰² *Guía sobre adolescencia y sexting ¿Qué es y cómo prevenirlo?*, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, Madrid 2011, p. 4.

body parts and sending to others, as well resting obsesse words to know persons (in most cases) using mobile phone”³⁰³.

Otros autores destacan como núcleo de la conducta típica aludida el elemento del envío, normalmente de mensajes de contenidos sexuales producidos y protagonizados por el emisor³⁰⁴.

Sin perjuicio de estas delimitaciones, y si bien es cierto que en casi todos los casos en estudio el contenido de las imágenes o filmaciones es sexual, no podemos dejar de resaltar que el actual artículo 197.7 del Código penal español no se refiere exclusivamente al carácter sensual, erótico o sexual de aquellas, sino que también incluye las conductas que corresponden a un ámbito íntimo y de privacidad que la víctima elige libremente a quién enviar y a quienes no a través de su anuencia.

Las peculiaridades que le dan a esta práctica perfiles específicos son los siguientes: la voluntariedad en la producción y envío de material, la utilización de dispositivos tecnológicos que facilitan la captación de las imágenes, con su posterior envío, así como el carácter sexual o erótico de los contenidos, y la naturaleza privada y doméstica de las imágenes.

Los actos señalados puede ser catalogado como actos de violencia de género en razón de la violencia psicológica que se produce sobre la víctima

³⁰³ JAISHANKAR, K., *Sexting: a new form of victimless crime*, International Journal of Cyber Criminology, vol. 3, junio 2009, p. 21.

³⁰⁴ MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión del sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, Derecom, diciembre-febrero, 2013, p. 2.

-en su mayoría, mujeres- con la difusión en Internet de imágenes íntimas y privadas que no están destinadas a ser publicadas, teniendo un respaldo legislativo en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -conocida como Convención de Belem do Pará, aprobada por ley 24.632-³⁰⁵.

La difusión de estas imágenes privadas puede causar graves daños, al punto que muchos casos en diversos países han terminado con el suicidio de la víctima³⁰⁶, la pérdida del trabajo, o la humillación frente al círculo social y familiar.

V.- Formas de la acción

La acción, primer elemento del delito, puede consistir en un comportamiento positivo, que exige la realización de un determinado movimiento corporal; en una omisión, que consiste en un no hacer específico; o en la omisión de una conducta jurídicamente debida concreta y determinada, cuya ejecución es ordenada por una ley penal perceptiva.

Tanto la acción como la omisión consisten en la infracción de un deber: en el caso del comportamiento activo, se infringe una norma prohibitiva (no matar, y se mata); y en el caso de la omisión, se infringe

³⁰⁵ https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf

³⁰⁶ PALAZZI, Pablo, *El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, en *Ciberdelitos*, ob. cit., pp. 145/182.

una norma perceptiva (alimentar al hijo, que no se alimenta y muere). Las formas de la acción típica en Derecho penal son tres:

Acción positiva: es la acción *stricto sensu*, que exige la realización de un movimiento corporal sensorialmente perceptible. La acción penalmente relevante es aquella que infringe mediante un hacer activo y exterior la prohibición jurídica contenida en la norma, infringiendo un deber jurídico. La ley prohíbe la realización de una conducta que se estima nociva³⁰⁷.

En el tipo penal en estudio, existe una acción relevante si el sujeto activo, sin autorización del sujeto pasivo, difunde, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquel obtenidas con su anuencia, infringiendo la prohibición jurídica contenida en la norma -art.197.7 CPE-, lesionando la intimidad de la víctima.

Omisión pura: son constitutivos de omisión aquellos actos en que se ordena actuar en determinado sentido que se reputa beneficioso y se castiga el no hacerlo³⁰⁸. Se sanciona la no ejecución de una conducta concreta socialmente esperada y jurídicamente exigida al sujeto por la norma, ante una determinada situación en la que se le impone el deber positivo de

³⁰⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 8ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2006, p. 224.

³⁰⁸ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 224.

realizar una conducta de mínima solidaridad que el sujeto omite cumplir³⁰⁹. La solidaridad mínima exige hacer alguna conducta expresa de salvamento o colaboración en beneficio de un tercero o de la comunidad, no bastando con no causar daño. Este deber obliga a todo el mundo que se encuentre en la situación normativa, no exigiendo relación previa alguna entre autor y víctima, ni conducta precedente de peligro al bien jurídico por el autor, sino que otorga una protección *erga omnes* a un bien jurídico. Es por eso que el titular del deber de solidaridad es cualquier persona, sin requerirse en el autor una cualificación determinada o un rol especial³¹⁰. Al autor no se le imputará cualquier resultado material que se derive de una situación peligrosa, sino únicamente el no haber realizado una actividad de salvamento o de información³¹¹.

Cabe al respecto cuestionarse: ¿Sería admisible el caso de omisión pura en que se podría impedir la comisión del delito? Desde la óptima del

³⁰⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 80.

³¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pp. 80 y ss.

³¹¹ Son supuestos de omisión pura consignados en el Código Penal español, entre otros: omisión del deber de socorro: el derecho espera de todo ciudadano que socorra a quien se halle en peligro manifiesto y grave, pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de terceros; omisión del deber de impedir la comisión de delitos: consiste en un deber general de actuación solidaria que es impedir con intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno la comisión de delitos contra la vida, integridad y salud, libertad o libertad sexual, así como el de alerta autoridades o agentes para que impidan uno de los delitos mencionados; omisión del deber de promover la persecución de delitos: en este caso se sanciona a la autoridad o funcionario público que, estando obligado a ello por razón de su cargo, omita promover la persecución de delitos. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 80 y ss.

deber de solidaridad mínima que configura los tipos de omisión pura, sería de rechazar, pues aquí concurre en singular deber negativo que vincula al sujeto para con la víctima.

Comisión por omisión u omisión impura o impropia: la comisión por omisión constituye una forma mixta de realización de la conducta: por un lado, consiste en la infracción de la norma prohibida, al igual que la acción positiva y, por otro, el delito consiste en un no hacer; la diferencia existente con la omisión pura es que en aquel caso el deber jurídico infringido por el omitente era un deber de solidaridad, mientras que en este, es un deber de garante³¹². El deber de garante se caracteriza del siguiente modo³¹³:

a) *Naturaleza:* el deber de garante es un deber que corresponde únicamente a las personas que se encuentran situadas en una posición de garantía. En la omisión pura el deber ejerce un rol común, una responsabilidad penal por solidaridad; mientras que en la comisión por omisión, el rol es especial y la responsabilidad penal es de garante.

b) *Titularidad del deber de garante:* el deber de garante afecta exclusivamente a sujetos especialmente obligados: por ejemplo a los padres respecto a los hijos menores en cuanto a su alimentación, cuidado, etc.; la

³¹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 83.

³¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 84. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., pp. 558 y ss.

autoridad un funcionario en lo relativo al ejercicio de la función pública, etc.

c) *Alcance del deber*³¹⁴: la principal consecuencia de este plus de responsabilidad es que no sólo se imputa la omisión de un auxilio sino que se le imputa el resultado material como si el omitente garante lo hubiera causado activamente. La omisión impropia se equipara a la acción activa, porque la posición de garante exige la salvaguarda del bien jurídico desde que se puso en peligro hasta la lesión consumada.

Podría servir de ejemplo el supuesto de la madre que observa a su concubino publicar fotos de su hija semidesnuda que ella las obtuvo en la intimidad con su hija, y no hace nada para evitar lesionar los derechos de su hija. La madre es competente jurídicamente para evitar que se lesionen tales derechos de la hija; por lo que la posición de garante se vincula con una competencia especial para controlar el riesgo para los bienes en peligro, con el expreso deber de la evitación del resultado.

Por su parte, JAKOBS sostiene que la imputación objetiva es la constatación de quién es garante y de qué. No todo atañe a todos, pero el garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía. Del ciudadano

³¹⁴ JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ob. cit., pp. 29/58.

medio se espera un deber de solidaridad, un rol como general, sin embargo, del obligado especial se exige un deber de garante³¹⁵.

El artículo 11 del Código penal dispone que los delitos que consistan en la producción de resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga a su causación.

Son diversos los supuestos en los que se equiparará la omisión a la acción, a los efectos de estimar la aplicación de la cláusula de equivalencia, más allá de los literalmente previstos en el aludido precepto del Código penal:

a) *Específica obligación legal o contractual de actuar*: abarca todo precepto jurídico positivo (Ley, Reglamento, Decreto-ley, etc.); asimilándose la norma jurídica al contrato, que exige un determinado comportamiento jurídico proveniente del acuerdo bilateral entre las partes.

Ejemplo de ello son los deberes de asistencia familiar inherentes a la patria potestad, al cuidado, vigilancia y educación de los hijos menores de edad, los deberes propios de los funcionarios, los deberes de una niñera que ha sido contratada por los padres del menor³¹⁶.

³¹⁵ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 226 ss.

³¹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 86.

Así podría equipararse la omisión de la madre a la acción³¹⁷ de su concubino que difunde imágenes íntimas y de contenido erótico de su hija de 13 años sin su consentimiento, y no hace nada para evitarlo.

b) *Asunción de hecho de la garantía*: supone que una persona -ajena- se subroga en la situación que ocupa alguien que sí es garante, lo cual genera una expectativa social de conducta fundamentada en una confianza jurídica, no de solidaridad sino de garante.

Por ejemplo, si la hermana mayor, a causa de la enfermedad de su madre, es quien asume fácticamente la situación de garantía respecto de su hermana menor de edad, en lo relacionado a su cuidado y concurrencia al colegio, no se la podrá eximir del resultado material (difusión de material íntimo sin consentimiento) por comisión por omisión, si observa cómo su novio viraliza imágenes de la niña desnuda y no hace nada para evitarlo.

c) *Actuación peligrosa precedente (injerencia)*: la diferencia significa que quien realiza una previa conducta peligrosa se convierte en garante de la situación de peligro, debiendo disminuir o neutralizar el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el sujeto. Si no lo hace, responde como garante de la producción del resultado material. Es

³¹⁷ Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 556 ss.

decir, que quien crea un riesgo se ve obligado a gestionarlo y, en su caso, a responder por él³¹⁸.

Por ejemplo, si la pareja de la mujer que le compartió videos íntimos los recibe en su teléfono celular, y juega y amaga con reenviarlo a terceros sin su anuencia, se convierte automáticamente en garante de la situación de peligro. Y si, en ese juego se escapa un *send*, responde como autor.

d) *Estrecha relación familiar o sentimental entre víctima y ofensor*: en estos casos la existencia de una comunidad de intereses entre novios, parejas, padres e hijos, etc., o de comunidad de peligro, como la existente entre náufragos en una lancha salvavidas, genera un especial deber de actuar que sitúa al omitente en posición de garante³¹⁹.

Ejemplo de ello, es el padre o madre, o pareja, o miembros de una determinada comunidad, que omiten actuar en defensa de sus hijos, pareja, o miembro de esa comunidad respectivamente, permitiendo que aquellos sean víctimas de la difusión de imágenes íntimas no mediando consentimiento previo de las últimas.

³¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 88.

³¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 89.

VI.- Causalidad

La teoría causal de la acción y el esquema causalista del delito fueron defendidos desde finales del siglo XIX hasta principios del siglo XX y acreditados representantes de la corriente fueron VON LISZT y BELING³²⁰. De acuerdo con esta corriente, la acción es el comportamiento humano que introduce una modificación en el mundo exterior, es decir el mero impulso voluntario que pone en marcha la relación causal. La acción se examina objetivamente, prescindiéndose de todo análisis subjetivo, y la voluntad a la que hace referencia la teoría causal de la acción es una voluntad vacía de contenido, en la que poco importa la finalidad y si la decisión fue adoptada o no libremente³²¹.

En esta teoría causal³²² es determinante que la voluntad del comportamiento ha existido, es decir, el sujeto ha actuado conscientemente, pero el verdadero contenido de esa voluntad, es decir, lo que el sujeto realmente ha querido, no es un problema de la acción, sino de la

³²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pp. 91 y ss.

³²¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 91 y ss.

³²² MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, traducción española y notas de José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, tomo I, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, pp. 220 y ss.

culpabilidad³²³. Asimismo, la doctrina causalista clásica consideró que una acción devenía penalmente relevante si podía constatarse un nexo de causalidad entre acción y un resultado. En consecuencia, la causalidad es la relación natural y biológica de causa-efecto que vincula la manifestación externa de la voluntad expresada en una acción u omisión y la producción de un resultado (material o jurídico)³²⁴.

Existen muchas posturas doctrinales que intenta explicar cuando una causa natural es relevante para el Derecho penal; en particular, las teorías individualizadoras, por un lado, y las teorías generalizadoras, por otro.

1. *Teorías individualizadoras.* Estas teorías constituyen una primera vía que siguió la doctrina por un tiempo para delimitar el concepto de causa pero que hoy se encuentra abandonada por la ciencia jurídica-penal³²⁵. Mientras que la teoría de la condición sostiene que toda condición causa, este grupo de teorías parte de la distinción de los conceptos de causa y condición. Para ellas no toda condición del resultado puede considerarse causa del mismo, sino sólo aquella condición que se distingue por poseer

³²³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Editorial Losada, Buenos Aires, t. III, p. 331, citado en DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte general*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2008, t. II, p. 112, considera que “el acto es la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o qué por no hacer lo que se espera deja sin modificar el mundo externo, cuya mutación se aguarda”.

³²⁴ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, ob. cit., pp. 91 y ss., quien señala que Franz von Liszt estimaba que la causalidad es la provocación de vibraciones en el aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido, es decir, la causación de modificaciones perceptibles por los sentidos.

³²⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., p. 246.

una mayor eficacia causal que las demás. Se habla de *causa eficiente*, y se busca el criterio que convierte a una condición en una causa por distintas vías: atendiendo al factor decisivo, a la condición más eficaz, a la última condición, etcétera³²⁶.

Diferencian entre sí las categorías de causa y condición, entendiendo que el resultado es producto o efecto de muchas condiciones, pero que no todas las condiciones tienen la misma significación ni entidad. A efectos penales únicamente es relevante una de las condiciones, a la cual se llama causa: toda causa es condición pero no toda condición es causa. Entre ellas han sido formuladas las siguientes³²⁷:

a) *Teoría de la ruptura del equilibrio o de la preponderancia de una condición*: la causa es el factor determinante y la única que adquiere relevancia penal.

b) *Teoría de la condición determinante*: la causa es la condición más eficaz.

c) *Teoría de la condición cualitativamente decisiva*: la causa es el factor decisivo en sentido cualitativo del resultado producido, que la distingue de otras condiciones no decisivas.

³²⁶ MAURACH, Reinhart, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, 7ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 303 y ss.

³²⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 92.

d) *Teoría de la condición última*: la causa es la condición que, añadida a otras precedentes, se muestra la más próxima o inmediata al resultado producido.

e) *Teoría de la causa eficiente*: distingue tres conceptos esenciales, causa eficiente, condición y ocasión³²⁸.

Se entiende por eficiente, la fuerza de un ser que produce un hecho, es decir, quien publica material íntimo en las redes sociales sin anuencia de la protagonista de dicho materia. En cuanto a la condición, consistirá, continuando con el ejemplo, en un factor que permite dicho obrar, suprimiendo los obstáculos que puedan dificultar dicha actuación. La ocasión será la mera circunstancia favorable para que la causa actúe.

2. *Teorías generalizadoras*

a) *Teoría de la equivalencia condiciones*: sostiene que quien es causa de la causa es causa del mal causado, entendiendo que todas las fuerzas que cooperan en la producción del resultado son esenciales. Toda condición es causa del resultado producido conforme al criterio de la “*condicio sine qua non*”: si se suprime mentalmente la condición y el resultado desaparece, entonces nos encontramos ante una causa del resultado; en cambio, si suprimimos una conducta y el resultado subsiste,

³²⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 92.

esa conducta no es causa del resultado³²⁹. Esta tesis encontró una gran acogida y reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, pues redujo la problemática de la causalidad a una formulación muy clara; aunque es rechazable por muchos motivos³³⁰.

En el caso en estudio, de acuerdo a esta teoría, si suprimimos mentalmente la acción de difundir, revelar o ceder imágenes íntimas sin el consentimiento de la víctima y el resultado de daño provocado desaparece, entonces nos encontramos frente a una causa del resultado. La difusión, cesión o revelación es causa del daño producido a la víctima.

Se ha señalado³³¹ que el postulado central de la teoría de la condición, según el cual toda condición del resultado es igualmente causa del mismo, conduce ciertamente a una determinación amplísima de la causalidad que tiende al infinito. De ahí que, aunque la teoría de la condición fue la dominante en el Tribunal Supremo del Reich alemán, durante un tiempo se pensó que era necesario un concepto de causalidad más restringido³³².

³²⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 94, cita entre los originarios formuladores de la teoría a Julius Glaser y Maximilian von Buri.

³³⁰ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 94. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 227 ss.

³³¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., p. 239.

³³² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., p. 239.

Si adaptamos esta teoría a la conducta en estudio, podríamos dar el siguiente ejemplo. A difunde imágenes íntimas de B. Si suprimimos mentalmente la acción de A -difusión de imágenes íntimas de B- y el resultado de lesión grave a la intimidad como causal de esa viralización subsiste, entonces la acción no es causa del resultado, rompiendo el hipotético nexo de causalidad. Seguramente con anterioridad alguien difundió ese material íntimo y lesivo.

b) *Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada*: se formuló por Johannes VON KRIES³³³, sobre la base de estudios de VON BAR, con la intención de limitar la responsabilidad en el campo de la causalidad sin recurrir a la culpabilidad. Para esta teoría, no toda condición es causa en términos jurídico-penales, sino sólo aquella jurídicamente adecuada para producir resultado. La adecuación de la causa se mide en términos de probabilidad valorizada: es causa la condición que, conforme a la experiencia de la vida, produce el resultado según lo que acontece generalmente.

JESCHECK ha sostenido al respecto que “la justificación de agravación penal en los delitos cualificados por el resultado estriba en que el delito se base en la gravedad de la consecuencia, de modo que sólo pueda ser

³³³ VON KRIES, Johannes, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, II, 1886, cit. por MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 248.

tomado en cuenta para la agravación penal un comportamiento del autor que favorezca la producción del resultado”³³⁴.

La acción típica se produce cuando las imágenes o videos son difundidos, lo cual tiene lógica pues el daño se produce con la publicación y la consecuente viralización del contenido íntimo por Internet que llega a innumerables personas. Y ello, sin perjuicio de que la sola tenencia de las imágenes y videos íntimos -más allá de que por sí solos no son constitutivos de delito- puede ser utilizada para generar amenazas o extorsión para ser difundidas.

La acción también requiere que quien está en posesión de estas imágenes o videos las haga públicas o las difunda por medio de comunicaciones electrónicas, o cualquier otro medio de transmisión de datos. El medio de difusión es indistinto a los fines de la comisión del delito y la provocación del daño, aunque el más común es a través de la utilización de Internet -redes sociales, foros, blogs, páginas web, grupos de chat de *whats ap*-, ya sea por medio de los dispositivos telefónicos o bien desde los ordenadores.

No habría que descartar la posibilidad de que la publicación o difusión no sea efectuada por un medio virtual, sino real, aunque el alcance y magnitud de los destinatarios a que se llegue sean menores que en la

³³⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., traducción española de Miguel OLMEDO CARDENETE, Ed. Comares, Granada, 1993, pp. 197 ss.

modalidad virtual, toda vez que el daño que se cause sea también importante.

VII.- Sujetos del delito

A) Sujeto activo

Es todo aquel a quien se imputa la realización de un acto que es descrito en un tipo legal como delito y con independencia del grado de ejecución y de la forma de su intervención en la ejecución del comportamiento delictivo.

Sujeto activo idóneo para cometer un delito serán todos aquellos que tengan determinada actitud intelectual para expresar su voluntad en el mundo externo y para comprender el sentido del hecho. No podrán ser sujetos activos los menores de edad, los enfermos mentales, etc., aunque puedan ser sujetos activos de la acción.

En el tipo penal en estudio, podrá ser sujeto activo tanto un hombre como una mujer, aunque en la mayoría de los casos es el hombre quien lleva a cabo la acción típica; ya sea porque la mujer fue su pareja y se rompió la relación y desea vengarse de ella y entonces difunde las imágenes y/o videos en las que aquélla, o ambos, participaron; o bien,

como parte del ciclo de violencia, en el que publicar el material es un acto más que lo conforma.

Sin embargo, hay casos que nada tienen que ver con una relación actual o pasada, simplemente el hombre decide compartir con sus amigos virtuales las imágenes de contenido íntimo de la víctima; actitudes que responden a la conducta de un hombre que no siente humillación frente a la publicación, pero a la mujer, además de humillarla, le produce un daño moral y psicológico de tal magnitud que impacta negativamente en otros aspectos de su vida -hijos, trabajo, estudios, familia, amigos, etc.-.

Asimismo, podría darse el caso de que el sujeto activo sea un menor de edad; en la relación comúnmente existente hoy entre los jóvenes de captar fotos y/o videos íntimos y luego divulgarlos *-sexting-*. Si bien estas conductas suelen ser naturales para los jóvenes, lo cierto es que muchas veces los padres de la víctima son quienes denuncian a quienes realizan la conducta con imágenes *-íntimas-* de su hija.

Es un desafío brindar una solución a esta situación, en razón que la acción realizada por el sujeto activo *-menor-* no tiene la intencionalidad de causar un daño a su amiga/novia, es sólo parte de una nueva dinámica comportamental que parece manifestarse extensamente entre adolescentes jóvenes.

B) Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido y se relaciona con el objeto de protección: bien o valor penalmente tutelado. Serán entonces sujetos pasivos la víctima del delito, el ofendido, el lesionado.

Será entonces sujeto pasivo todo ser humano individualmente considerado, ya sea mayor o menor de edad, imputable o inimputable; es decir, en este sentido el concepto de sujeto pasivo es más amplio que le sujeto activo del delito.

En el delito en estudio, por lo general, sujeto pasivo es la mujer, como parte de una relación anterior infructuosa, como víctima de violencia de género, o bien como adolescente o joven que consintió la toma de imágenes íntimas.

El hombre puede ser sujeto pasivo pero cuando media extorsión o amenaza. Se da en los casos en que, para que no se publiquen las fotos y/o videos íntimas y comprometedoras, se solicita que una suma de dinero -en general *bitcoins*- sea depositado en una cuenta determinada -en general, en una billetera virtual-. Pero esta situación configuraría otro delito.

CAPÍTULO V

TIPICIDAD

I.- Estructura típica de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos

La actual estructura típica de los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos del capítulo I también proviene del Código penal de 1995, que los incorporó en los artículos 197 a 201, intentando adaptar la desfasada regulación del Código anterior al impacto de los avances tecnológicos, los cuales posibilitaron nuevas y efectivas formas de acceso a datos e información reservada sobre las personas, conductas que no pasaron desapercibidas por el legislador penal.

El legislador de 1995 adaptó la regulación de estos delitos a la normativa específica sobre la materia, especialmente a lo previsto por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y por la LO 5/92, de 29 de octubre, de regulación de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, vigente hasta el 14 de enero de 2000, superada por la LO 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos personales, lo que significó la apertura de estos delitos a la protección de datos personales recogidos en registros de carácter informático.

Más tarde, la LO 5/2010, de reforma del Código penal, añadió los tipos penales relativos al intrusismo informático en el artículo 197.3 -actual artículo 197 bis-.

Finalmente, la LO 1/2015 reordenó y renumeró los tipos legales, añadiendo nuevas figuras delictivas -artículo 197.7 y 197 ter o ampliando el alcance de algunas modalidades delictivas ya existentes.

II.- Imputación objetiva: formulación de la teoría

A partir de los años 60 y 70 del siglo XX, y con el objeto de superar los problemas del causalismo y del finalismo, se configuró³³⁵ la doctrina llamada *teoría de imputación objetiva*, que ha sido luego especialmente desarrollada por el sistema del funcionalismo normativo de JAKOBS³³⁶.

Es una doctrina puramente normativa, que para determinar qué interesa al Derecho penal no acude a un elemento extra-jurídico, como lo hacía la causalidad o la finalidad, sino a un elemento propio del Derecho penal como es la imputación³³⁷.

³³⁵ RUDOLPHI, Hans-Joachim, ROXIN, Claus, JAKOBS, Günther, entre otros.

³³⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 237 ss.

³³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 99.

El sistema funcionalista ha normativizado todos los aspectos jurídicos-penales de la acción referidos a la imputación penal, partiendo de la teoría de los roles sociales³³⁸.

El fundamento de la imputación objetiva es la desviación de un rol, consistente en la defraudación imputable de las expectativas sociales. Apartarse del rol es el fundamento normativo de la imputación penal. El sujeto que cumple con su rol no sólo se respeta asimismo como titular de derechos y deberes, sino que sienta las bases para una convivencia social y se hace acreedor a que los demás confíen en él como persona en derecho³³⁹.

Si tomamos como base de referencia la tesis de ROXIN³⁴⁰, la teoría de la imputación objetiva acude al concepto de bien jurídico. El Derecho penal protege bienes jurídicos frente a conductas finales que lo ponen en peligro.

Las normas sólo pueden prohibir o mandar acciones finales del hombre y dentro de estas acciones, se analizarán aquellas que desde un

³³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 100, afirma: El punto de partida la teoría de los roles sociales se basa en que los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores rol, es decir, del papel que cada uno desempeña en la sociedad. Conforme a su rol, cada sujeto deberá administrar un determinado segmento de la realidad: los derechos y deberes de cada uno que delimitarán la esfera de competencia personal. El cumplimiento del rol significa satisfacer la expectativa social. El rol identifica a cada sujeto en el mundo social, pero también sirve para que los demás ciudadanos sepan a qué atenerse. El titular del mismo será responsable o no de una gestión adecuada o infractora al rol. El rol garantiza que a un sujeto únicamente se le va a responsabilizar por un hecho punible si tenía un rol propio y si infringe un deber personal perteneciente a su propio rol.

³³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 99 y ss.

³⁴⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, § 11, IV, 1, nm. 41, p. 364.

punto de vista *ex ante*, lesionan al bien jurídico protegido, de modo probable, o bien con una probabilidad rayana en la seguridad. En consecuencia, aquellas conductas que atiendan a salvaguardar al bien jurídico quedarán al margen de la imputación objetiva.

Al respecto ROXIN ha afirmado: “en resumen se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”³⁴¹.

La dogmática antigua partía de la base de que con la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumple el tipo objetivo. Y en los casos en que parecía inadecuada la punición se intentaba excluir la pena en los delitos comisivos dolosos negando el dolo. Así invoca WELZEL el ejemplo -frecuentemente invocado- de que alguien, al comenzar una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza de que lo mate un rayo³⁴².

Si contra toda probabilidad se produce efectivamente ese resultado, según la teoría de equivalencia no se puede dudar de que hay causalidad en la conducta del que dio el consejo; pero si con eso se considera realizado el

³⁴¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, § 11, IV, 1, nm. 41, p. 364. *Vid.* DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte general*, tomo II, *Teoría general del delito*, ob. cit., pp. 274/6.

³⁴² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 106, plantea el supuesto en los siguientes términos: A hace viajar frecuentemente a su tío multimillonario en avión con la esperanza de que algún día sufra un accidente y pueda heredar su cuantioso patrimonio. Un día se produce el accidente y sus deseos se verán realizados. ¿Estamos ante un riesgo típicamente relevante?

tipo objetivo, sólo se puede eludir el castigo negando el dolo. Eso es lo que efectivamente estima WELZEL, al entender que en este caso el sujeto tiene la esperanza o deseo, pero no la voluntad con poder de influencia real en el suceso que exige el dolo. Sin embargo, ésta no es una fundamentación convincente: pues es indiscutible que el autor subjetivamente quería exactamente aquello que ha producido objetivamente, y la planificación y el curso real coinciden entre sí. Si a pesar de eso no consideramos correcta la punición, ello se debe al carácter objetivamente casual del suceso.

En consecuencia, imputar objetivamente un resultado a alguien significa apreciar la realización de un tipo como obra suya. La sola causalidad no basta para ello. La teoría de la equivalencia, al considerar causales todas las condiciones del resultados, cualquier conducta inocua podría convertirse en causa del resultado delictivo.

Los presupuestos de la imputación objetiva deben deducirse de la función del Derecho penal de la protección de bienes jurídicos, que únicamente puede garantizarse prohibiéndose todas las acciones que fundamentan un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido. Si se quería un riesgo de este tipo reconocido por el sujeto, entonces se le imputará a él como delito consumado si el riesgo se realiza en el resultado típico. Será también imputada al autor de un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido. La creación del peligro y la realización del riesgo son dos presupuestos autónomos de la imputación penal. Quien lesiona a

otro de manera grave ha creado el un riesgo de un desenlace mortal. Si la víctima muere por motivo de la lesión, el riesgo se habrá realizado y podrá imputársele al autor como homicidio consumado; pero si la víctima no muere como consecuencia de la lesión sino por un incendio desencadenado en el hospital, entonces el riesgo creado por el autor no se ha realizado en el resultado, y se le imputará únicamente un delito de lesiones³⁴³.

III.- Principios de imputación

A) Principio del riesgo permitido

La imputación objetiva se excluye no supera los límites de riesgo permitido. Ello significa que tales acciones no son típicas. Riesgos que una sociedad tolera porque lo considera necesarios para su desarrollo social no pueden ser alcanzados por la tipicidad, que implica un primer elemento que caracteriza una perturbación intolerable de orden social³⁴⁴.

Si bien las sociedades modernas representan un riesgo, lo cierto es que los modernos avances tecnológicos -Internet- han incrementado los

³⁴³ ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en su significado para la teoría del tipo penal*, en BUOMPADRE, Jorge Eduardo (Dir.), *Temas fundamentales de Dogmática penal y de Política criminal. Homenaje a los Profesores Roxin y Polaino Navarrete*, Con-Texto, Argentina, 2013, pp. 121/134.

³⁴⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 415 ss.

focos sociales de riesgos -delitos informáticos, como la difusión de pornografía infantil a través de Internet, el *grooming*, la publicación de fotografías de contenido sexual en las redes sociales, sin autorización de la víctima, etc.-, cantidad de acciones cotidianas exponen a quienes las realizan a riesgos de diferentes magnitud. Claro que no todos los riesgos son importantes para el Derecho penal, existen riesgos que son permitidos y riesgos que no son permitidos.

Ejemplo: publicar diferentes imágenes con fotografías de amigos en las redes sociales es un riesgo permitido, puesto que, si bien juega con la privacidad y la intimidad de aquéllos, si no se las vulnera, tal riesgo no es materia de Derecho penal. Ahora bien, el riesgo se convierte en no permitido cuando el carácter de dichas publicaciones distribuidas o subidas a Internet menoscaban expresamente el ámbito íntimo o privado, como las de contenido erótico o sexual, por ejemplo.

Si bien no existe un límite matemático exacto entre el riesgo permitido y el prohibido, el grado de permisividad lo delimita la propia sociedad en base a sus expectativas sociales³⁴⁵.

Al respecto, se ha entendido acogida al riesgo permitido la conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que, de modo general, independientemente del caso concreto, está permitida, y por eso, a

³⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 105

diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación al tipo objetivo³⁴⁶.

B) Principio de autopuesta en peligro, o de actuación a riesgo propio o de imputación a la víctima

Quien actúa en ejercicio de su libertad resultando autolesionado acarrea él mismo con la responsabilidad por la autolesión³⁴⁷. Por su parte, quien limita o anula la libertad de decisión de otro responde de alguna forma en la heterolesión ajena³⁴⁸.

Ejemplo de ello es el caso de la reacción de pánico: como consecuencia de su conducción imprudente un sujeto invade la acera, dirigiendo su vehículo hacia tres personas; dos de ellos logran esquivar el auto pero un tercero fallece por el impacto del vehículo. Ante esa situación,

³⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 106 ss.

³⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 107, expone el ejemplo de soldado en los siguientes términos: Un soldado alardeaba de sus cualidades de bebedor de aguardiente, diciendo que era capaz de beberse de un trago una considerable cantidad de aguardiente, que ninguna persona podía resistir. El empleado de un bar retó al soldado a que demostrar dichas cualidades, y si lo conseguía, no le cobraría dinero alguno, pero si no lo lograba, debería pagar el doble del valor de la botella. Luego de haber bebido cantidad de dicha bebida el soldado falleció al día siguiente por intoxicación etílica. ¿Se imputa la muerte el cantinero? La clave está en saber si el cantinero ha respetado o no la libertad del soldado que se expone hay peligro; pues si este último actuó en el ejercicio de su libertad, nos encontramos frente a un caso de autopuesta en peligro imputable a la víctima; pero si el jardinero se inmiscuyó en la libertad de soldado, nos encontramos ante caso de heteropuesta en peligro y habría que imputar al cantinero.

³⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 105.

una señora, presa del pánico, salió huyendo hacia la calle, resultando a su vez mortalmente atropellada por un vehículo que conducía prudentemente ¿Se puede la muerte imputársela al conductor³⁴⁹.

En ese sentido, una persona difunde por las redes sociales imágenes íntimas captadas con la víctima si su anuencia. La pareja del autor advierte en las redes esas imágenes de la víctima tomadas por su marido. En la desesperación generada por el impacto de la infidelidad, quiere responder a través de los medios informáticos y en virtud de los nervios publica una fotografía de ella desnuda. ¿Puede esa difusión ser imputada al autor?

No serán imputables las consecuencias derivadas de una heteropuesta en peligro si esas consecuencias no eran previsibles: lo imprevisible no es imputable³⁵⁰.

C) Principio de confianza

Quien cumple su rol y confía razonablemente en que los demás también lo van a cumplir queda exento de responsabilidad, aunque haya co-organizado el ámbito de organización del cual se derivó un riesgo³⁵¹.

³⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 105.

³⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 105.

³⁵¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 108.

Ejemplo: si en una operación se encuentra un anestesista, un médico cirujano y una enfermera, cada uno cumpliendo su rol, y en el curso de la operación, el anestesista se ausenta de la sala y el paciente muere por razones derivadas de la falta de control de la anestesia, tanto el cirujano como la enfermera, aunque hayan participado objetivamente en la configuración del derecho, queda exentos de responsabilidad conforme al principio de confianza: cumplieron su rol y confiaron en que el anestesista también lo haga³⁵².

En el sentido del tipo penal en estudio, tres integrantes de un estudio de fotografías *amateur*, luego de realizar una producción de fotos con una modelo, en la que se incluye fotos sumamente eróticas las que no serían parte de la producción fotográfica que se difundiría por una red social, comienzan a seleccionar las fotografías que conformarían la producción gráfica, y uno de ellos se retira a almorzar mientras que el resto sigue efectuando la elección. Si de ella se elige el material erótico que la modelo no había consentido para ser difundido, entre el resto de las fotografías autorizadas, quien salió al restaurante no será responsable por la difusión no consentida de material íntimo, pues confió en que el resto del equipo haría la selección correcta.

³⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 109.

D) Principio de prohibición de regreso

Quien realiza una conducta neutral, una acción cotidiana, no puede efectuarse una imputación si otra persona infringe sus deberes y configura, aprovechándose de esta participación, un hecho delictivo. La revisión de regreso se basa en un elemento fundamental: la conducta del titular del rol es neutral, es decir se realiza en el ejercicio de un rol social³⁵³.

En el mismo ejemplo anterior, ¿sería partícipe de la difusión del material erótico no autorizado para formar parte de la campaña publicitaria, quién solo captó esas fotografías?

³⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 105, pone luz a este concepto cuando lo ejemplifica con el caso del vendedor de cuchillos en los siguientes términos: Un sujeto entra en una ferretería alterado y solicita se le afile un cuchillo de cocina, para luego de ello, toma con fuerza por el cuello a una persona que entraba al comercio y se dispone a cortar la yugular de la víctima. Es responsable el ferretero como partícipe en el asesinato? Debemos discutir si la conducta del ferretero sigue siendo neutral, adecuada al rol de vendedor de cuchillos, o si ha participado al entregar al asesino el arma con la que se comete el delito. La inminencia del riesgo y la capacidad de control que tiene el vendedor sobre el hecho lo convierte en garante de la nueva situación y ya no sería neutral (posición de JAKOBS, POLAINO-ORTS). Sin embargo, otros sostienen que la conducta sigue siendo neutral, debiendo sancionar al vendedor de cuchillos únicamente como autor de un delito de omisión del deber de socorro o de omisión del deber de denunciar la comisión de delitos (CARO JOHN).

IV.- Elementos típicos

A) Tipo y tipicidad

La acción típica es el comportamiento descrito como delito en un tipo del Código penal. Los conceptos de tipo y tipicidad no existen el uno sin el otro. El tipo es un mecanismo legal para eliminar conductas, pues sin la descripción de una conducta como delito el tipo pierde su sentido. La conducta necesita de un tipo penal para alcanzar categoría de acción incriminada legalmente como delito. El tipo es -en gráfica expresión de POLAINO NAVARRETE- el continente que se rellena de un contenido, que es la acción tipificada. Es decir, una acción sólo puede ser delictiva si es típica; y para que una conducta sea típica, deberá cumplir los elementos del tipo³⁵⁴.

STRATENWERTH³⁵⁵ señaló que el concepto de tipo se refiere sólo a las circunstancias de hecho que fundamentan el ilícito y su núcleo debe ser la descripción de la acción prohibida.

³⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 125/6.

³⁵⁵ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible*, 4ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 141 y ss.

MAURACH indica que la norma imperativa es un precepto jurídico imperfecto, y que, si bien da expresión a la conciencia jurídica general, determina el deber y satisface con el mero mandato jurídico; en especial, no prescribe sanciones para el caso de desobediencia a la norma de lesión del mandato de conducta; pero la experiencia enseña que la eficacia determinación de un mandato semejante es escasa, si tras el no existe el derecho penal. El legislador penal entonces, vincula la desobediencia de la prohibición o del mandato normativo con la amenaza de penas.

Las conminaciones penales contenidas en los tipos legales seleccionan, entre las acciones antijurídicas, las acciones amenazadas con pena en cuanto formas especiales, como sector más estrecho dentro de dicha categoría. El Derecho penal moderno, propio del Estado de Derecho, se sirve para ello de un método que resulta sencillo y goza de la ventaja de proveer de especial seguridad jurídica: describe ciertos comportamientos ilícitos típicos como un acotado acontecimiento de la vida y los somete a una pena. Esta certificación exhaustiva -no susceptible de extensión y reservada al legislador- de las circunstancias de hecho constitutivas del delito, es el tipo penal³⁵⁶.

³⁵⁶ MAURACH, Reinhart, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., § 19, II, 34, 346.

En la configuración del tipo sustentada por ROXIN se comprenden tres cometidos que el tipo debe cumplir: función sistemática, función político criminal y función dogmática³⁵⁷.

En sentido sistemático el tipo abarca el compendio o conjunto de elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata. La función político-criminal radica en su función de garantía; sólo un derecho penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua por completo al principio “*nullum crimen sine lege*”. Por último, una función dogmática, autónoma del tipo y desvinculada de su función sistemática general consiste en describir los elementos de conocimiento que excluye el dolo³⁵⁸.

Una de las principales novedades de la reforma realizada por la LO 1/2015 es la tipificación expresa en el apartado 7 del art. 197 del Código penal español: la divulgación de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con el consentimiento de la persona afectada, pero sin que se haya autorizado esta divulgación, siempre y cuando esas imágenes o grabaciones hayan sido tomadas en un contexto de intimidad³⁵⁹.

³⁵⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Traducción y notas: Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003, Sección 3ª, § 10, pp. 277/8.

³⁵⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, ob. cit., pp. 277/8.

³⁵⁹ GÓMEZ RIVERO, Carmen (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial*, volumen I, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2015, p. 333.

La diferencia con las anteriores modalidades típicas del artículo 197 del Código penal estriba en que en todas ellas la captación de imágenes o secretos habían sido realizadas si consentimiento de la víctima, mientras que en el tipo penal vigente la propia víctima autoriza la grabación o captación de imágenes o sonidos, pero no consiente su divulgación.

B) Objeto material

El tipo legal se refiere específicamente a imágenes o grabaciones audiovisuales de otra persona, debiendo entender por tales tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista, y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo. El legislador no excluye ninguno de estos supuestos y ciertamente la difusión inconsentida de contenidos, en cualquiera de las formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado³⁶⁰.

El objeto material de la figura contempla fotos y videos íntimos, no necesariamente sexuales. Un elemento de delimitación del objeto sería circunscribir las fotos o videos a las producidas en lugares reservados, con

³⁶⁰ Fiscalía General del Estado de España. Circular 3/2017, sobre la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, de 21 de septiembre de 2017, pp. 10 y ss.

exclusión de las obtenidas en lugares abiertos, pues quien realiza actos sexuales en un lugar público a la vista potencialmente de terceros no podría pretender tener privacidad sobre ellos.

Es constituido por las imágenes o grabaciones audiovisuales que se hubiera obtenido con anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera de la mirada de terceros, en un ámbito íntimo. la intimidad debe entenderse de manera estricta en relación al núcleo duro de la misma, esto es, debe tratarse sobre una información relativa a datos sensibles, como puede ser la conducta sexual, ideológica o creencias de una persona. Aceptar la inclusión dentro del ámbito típico de este delito de cualquier comportamiento relativo a la intimidad o privacidad de una persona, implicaría una ampliación desmesurada de la intervención penal con la consiguiente vulneración del principio de intervención mínima³⁶¹. En este sentido, no cumpliría el tipo del artículo 197.7 CP el hecho publicar en *Facebook* sin consentimiento de la persona una serie de fotografías realizadas durante un cumpleaños familiar.

³⁶¹ GÓMEZ RIVERO, Carmen, (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial*, volumen I, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2015, p. 334.

C) Interrelación sujeto activo y sujeto pasivo

Es sujeto pasivo de este tipo de delito aquella persona cuya imagen fotografiada o grabada en un contexto íntimo ha sido publicada o difundida sin su consentimiento. Consiente la captura o grabación de aquellos en un contexto de intimidad, pero que no autoriza su divulgación. El sujeto pasivo es el protagonista que produce y envía voluntariamente, sin coacción por parte del destinatario, el contenido en cuestión. Estamos por lo tanto, ante una conducta libre, que no surge del error, la intimidación o la coacción. Podría hablarse de la falta de previsión o imaginación del protagonista sobre la repercusión e impacto que este tipo de imágenes puede llegar a tener dentro y fuera de su círculo social.

El sujeto activo tiene en su poder la imagen independientemente de cómo se elaboró la misma y la obtuvo; habrá de determinarse si las imágenes o videos fueron grabadas o captadas por el sujeto activo, o si se trata de una *selfie* tomada por la propia víctima junto al autor, o si fueron intercambiadas por cualquier medio tecnológico.

Se critica la amplitud con la que se describe la conducta del tipo básico del párrafo primero del artículo 197.7, considerándola peligrosa³⁶².

³⁶² RODRÍGUEZ MORO, Luis, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, volumen I, Iustel, 2ª. ed., Madrid, 2016, pp. 281/285.

Es de observar en tal sentido que, respecto al sujeto activo, el tipo abarca a: 1) el que capta la imagen o graba el video de forma autorizada en la intimidad, 2) el que, sin haber tomado parte en esa captura o grabación, reciba directamente de la propia víctima la imagen o el video y luego lo divulga sin su consentimiento.

En principio, el tipo no exige, en su primera parte, de la existencia ni vínculos personales entre el sujeto pasivo y sujeto activo, lo que supone, atribuir a todo ciudadano un injustificado deber de analizar qué imágenes de las que reciba -quiera o no ser receptor de ellas- pudieran dañar la intimidad del emisor que las envió, para cuidarse de no divulgarlas, pues ello podrías suponer la comisión de un delito, en el caso de que dicho emisor no quisiese o autorizase dicha divulgación, lo cual no tiene por qué saberse. Sería una suerte de “genérica obligación penal de sigilo” que deviene insostenible, más aun en estos tiempos de conectividad universal a través de las redes sociales en los que la intimidad es un valor generalmente subestimado y su autotutela más descuidada³⁶³.

Cierto es que, ante el hecho de que el tipo no haya recogido la referencia “*a que hubiera obtenido con su anuencia*”, se podría pensar que el participio “*obtenido*” se vincula con las imágenes y videos como sinónimo de “capturado” o “grabado”, lo que restringiría la operatividad de

³⁶³ RODRÍGUEZ MORO, Luis, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (Coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, volumen I, Iustel, 2ª. ed., Madrid, 2016, pp. 281/285.

tipo a los supuestos en los que el sujeto activo toma o graba directamente las imágenes o videos. Quizá así se interrelacionaría a ambos sujetos en un ambiente íntimo, que es el que se pretendería tutelar y del que se podrían conocer con mayor seguridad lo que está autorizado o no hacer con lo captado o grabado³⁶⁴.

El primer difusor traiciona la confianza depositada en él, convirtiéndose en el principal responsable de que el contenido sensible sea difundido. En consecuencia, la persona que reenvía el material digital ajeno sin consentimiento desvela aspectos de la intimidad de un tercero, vulnerando así derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

La cuestión no reside en transferirle la responsabilidad a la persona emisora de las imágenes, que termina siendo la víctima de los derechos lesionados relacionados con su intimidad, sino en determinar el grado de reproche de la conducta de quien recibe, que, sin permiso de aquella, reenvía las imágenes a terceras personas provocando una divulgación no autorizada, con la consecuente, automática y generalizada viralización con alcance infinito a diferentes personas, colocando en grave peligro al bien jurídico protegido: la intimidad.

En consecuencia, el problema, entiendo, no reside en la conducta de la víctima, que si bien pudo haber sido imprudente al enviar dicho material,

³⁶⁴ RODRÍGUEZ MORO, Luis, ob. cit., pp. 281/285.

circunstancia que lleva a la pérdida -voluntaria- del control sobre nuestra propia área de reserva, adquiere una apoyatura en el secreto de las comunicaciones implícito al propio proceso comunicativo.

Ello implica que quien entabla una comunicación está asumiendo las garantías de secreto que la comunicación implica, independientemente de que sea consciente de ello o no.

Así, la persona titular del bien jurídico ha confiado en que el receptor de las imágenes las mantendrá bajo su esfera de poder, en el ámbito de su privacidad, de manera que, si el autor sin autorización del titular del bien jurídico produjo con su accionar su vulneración, entonces debería ser responsabilizado como autor del delito que estamos analizando, toda vez que el riesgo no permitido fue creado por el propio autor de la divulgación y no por la víctima, por lo que deberá responder como autor a título doloso.

En esta línea, ROXIN expresó que la categoría central del injusto no es la causación del resultado o la finalidad de la acción humana, sino la realización de un riesgo no permitido, que en este caso no fue creado por la víctima sino por el receptor de las imágenes que voluntariamente difundió por la red, sin consentimiento del titular del bien jurídico tutelado³⁶⁵.

³⁶⁵ ROXIN, Claus, *El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual. La teoría del delito en la discusión actual*, Editorial Grijley, Lima, Perú, 2007, p. 93, citado por BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Paper de Conferencia en el Congreso Internacional de innovación jurídica, gobernanza e información*, 23/11/2017, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, Noviembre 2017.

En consecuencia, el problema se encuentra en la conducta del autor, que es quien realiza una acción no autorizada, poniendo en riesgo jurídico penalmente relevante el contenido material de la misma al difundir las imágenes por la red.

Es cierto que la víctima dispuso libremente de su intimidad al consentir obtener imágenes íntimas y explícitas, y ello representa un ámbito absolutamente privado que bajo ningún punto de vista permite concluir que aquella libre disponibilidad del bien jurídico se mantenga indefinidamente en el tiempo, de modo que permita presumir que su ulterior difusión o cesión -no autorizada expresamente- por la red no sea antijurídica.

D) Sin autorización de la persona afectada

La falta de autorización de la víctima habrá de valorarse en cada supuesto concreto de acuerdo con las circunstancias concurrentes. De esta manera, la declaración de la víctima constituirá un elemento esencial. En cualquier caso, entiendo que no resultará necesario acreditar una negativa expresa, sino que podrá ser suficiente con la no constancia de autorización, situación a la que ha de equipararse los supuestos de falta de conocimiento por parte del afectado de la ulterior cesión o distribución.

El legislador pretende otorgar una respuesta penal ante determinadas conductas que frecuentemente, aunque no necesariamente, son asociadas a supuestos de ruptura en relaciones de pareja o de amistad, que se encuentran favorecidas por la utilización de las tecnologías de la información y comunicación para la difusión de imágenes y contenidos.

Este tipo de conductas resultaba hasta ahora de difícil encuadre en el artículo 197 del Código penal en su redacción previa a la reforma analizada, pues el tipo penal exigía que las imágenes o grabaciones audiovisuales que posteriormente iban a difundirse se hubieran obtenido sin consentimiento de la persona cuya intimidad resulta vulnerada.

La difusión debe tener lugar sin el consentimiento de la víctima. Dos momentos del consentimiento se tienen en cuenta para esta figura: la presencia del consentimiento para la captación de las imágenes y videos de contenido íntimo, y la falta de anuencia para su posterior publicación y difusión.

La presencia de consentimiento para la toma de imágenes no puede entenderse que es extensivo para su publicación. Se puede consentir que se graben o fotografíen esos videos o imágenes en un contexto de intimidad y privacidad, únicamente para ser compartidos entre los allí presentes o con quien originariamente se recibió, para el caso de haber sido captado por la propia víctima y remitido voluntariamente a persona a ella vinculada en

virtud de relación íntima. Ello, bajo ningún concepto, permite entender que la anuencia abarca también la ulterior publicación del objeto.

La falta de oposición a la filmación o suministro de esas imágenes o videos entre quienes poseen una relación de cualquier índole, o el envío voluntario de ellas a través de cualquier medio, como defensa, no puede prosperar, pues el consentimiento para captar una imagen íntima no implica consentimiento para su reproducción en Internet, que una vez sometida a difusión son muy difíciles de eliminar.

Por el contrario, lo que caracteriza a los supuestos que nos ocupan es que las imágenes y grabaciones se obtienen con la anuencia de la persona afectada, sobre la base generalmente de una relación de confianza, disponiéndose después de ellas, en perjuicio de la víctima, muchas veces por motivos de venganza o despecho.

En consecuencia, y hasta el momento de la sanción de la ley, la única posibilidad de actuar penalmente frente a estos comportamientos era por la vía del artículo 173.1 del Código penal, y aun así, sólo cuando resultaba posible acreditar que la difusión pública de imágenes o grabaciones de la víctima comportaba un menoscabo en su integridad moral.

El consentimiento del afectado opera únicamente para el momento de la grabación o extracción de fotografías, pero no para el posterior momento en que se divulga.

E) Domicilio o lugar fuera del alcance de terceros

Es necesario que la grabación o imágenes objeto de difusión se haya llevado a cabo en un lugar o espacio de carácter reservado, exigiendo el tipo penal que se haya obtenido en un domicilio, o en un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, y con consentimiento del afectado, resultando esencial, a efectos de asegurar el carácter íntimo de la imagen o grabación, determinar el lugar de la realización de aquélla, en que se excluye un espacio físico al alcance de terceras personas.

El domicilio -objeto de una pacífica jurisprudencia- es el lugar en que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad, a la intimidad de la persona y al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyectar su “*yo anímico*” en múltiples direcciones.

En consecuencia, el domicilio es el reducto último de la intimidad personal y familiar y, a tal fin, es indiferente que el mismo sea el correspondiente a la propia víctima, al agresor o a un tercero³⁶⁶.

La expresión *fuera del alcance* de la mirada de terceros puede generar problemas importantes a nivel probatorio.

³⁶⁶ STS nº 731/2013 de 7 de octubre, SSTC nº 69/1999 de 26 de abril y 283/2000 de 27 de noviembre, entre otras.

Podría incluirse en esta expresión todo lugar cerrado, que puede ser un local comercial no abierto al público, o también un lugar al aire libre, debiendo acreditar en este caso que reúna las suficientes garantías de privacidad de manera que pueda asegurarse que las grabaciones o imágenes captadas lo fueron en un contexto de estricta intimidad y sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas.

El concepto *terceros* se debe entender como las personas ajenas al acto objeto de grabación, pues en dichos acontecimientos puede intervenir más de una persona y sería incongruente entender que el precepto es de aplicación únicamente en los supuestos que en las escenas intervienen exclusivamente la víctima y quien después dispone de ellas.

En consecuencia, y por lo expuesto, por terceros habrá que entender aquellas personas ajenas al círculo íntimo en el que se han obtenido las imágenes.

Comparto la opinión esbozada por la Fiscalía General del Estado³⁶⁷, en cuanto el legislador ha pretendido con esta expresión dejar constancia de que las imágenes que posteriormente se difunden tenían en su origen un carácter estrictamente privado, aunque no necesariamente connotaciones sexuales, y que por las condiciones en que se obtuvieron -con anuencia de la víctima-, de no haber infringido el autor criminal el deber o compromiso

³⁶⁷ Circular 3/2017, loc. cit.

de confidencialidad contraído implícitamente con la víctima, dicho carácter estaba asegurado. No obstante, considero que la descripción de la situación de privacidad o de intimidad descrita en el tipo penal podría plantear dificultades prácticas en orden a su acreditación. Al respecto se ha señalado³⁶⁸ que para mayor precisión típica hubiera sido preferible aludir a “lugares privados”, en contraposición a los “lugares abiertos al público”.

F) Carácter ofensivo

No cualquier imagen o grabación realizada en un contexto de intimidad o privacidad divulgada sin consentimiento cumpliría las exigencias típicas del art. 197.7 del CP.

Es necesario que la difusión menoscabe gravemente la intimidad de la víctima. La gravedad será determinada de acuerdo con criterios objetivos y subjetivos. El tipo básico exige que “la divulgación *menoscabe* gravemente la *intimidad personal*” del sujeto pasivo. Podría pensarse que está limitado a supuestos que tuvieran que ver con el denominado “núcleo duro de la intimidad”, aunque no se dice expresamente y pudieran ser otros.

³⁶⁸ MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión del sexting, sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, derecom, dic.-feb. 2012, pp. 4 y s., cita a Aznar, quien expresó que a la hora de hablar de intimidad no basta con referirse a lugares, sino que es preciso igualmente considerar las específicas situaciones: AZNAR GÓMEZ, Hugo, *Intimidad e información en la sociedad contemporánea. Sobre la intimidad*, coords. VALLES COPEIRO DEL VILLAR, A., y AZNAR GÓMEZ, H., Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1996, pág. 43.

En cualquier caso, la cláusula es abierta e indeterminada, y confiere al juez la facultad de decidir el sentido y alcance ofensivo de la manifestación típica de conducta descrita en la figura legal.

La necesidad de que se menoscabe gravemente la intimidad personal de la víctima es un requisito discutible, pues pone en cabeza del juez valorar el daño sufrido por la víctima, toda vez que podría tener una visión diferente de la vida privada de la víctima y de lo que ésta experimente tras la difusión de la vida privada; máxime si tenemos en cuenta que es obvio que la difusión de imágenes o videos íntimos, sobre todo los sexuales o eróticos, siempre ha de afectar gravemente la intimidad de la víctima.

G) Elementos subjetivos

La conducta en estudio es dolosa que, además, suele ser cometida por personas con conocimientos técnicos específicos que le permiten generar el efecto viralizador que buscan al difundir el contenido³⁶⁹.

La viralización de un contenido ocurre cuando este es subido a diversas plataformas que lo reproducen y permiten a sus usuarios descargarlo y reproducirlo. Entonces, aun cuando el contenido es eliminado

³⁶⁹ IANELLO, Romina, VELTANI, Darío, *La pornovenganza en el Derecho penal argentino*, en *Cibercrimen II*, Dir.: DUPUY, Daniela, KIEFER, Mariana, B de F, Buenos Aires, 2018, p. 78.

de la plataforma pueden volver a subirlo, a esa o a otras, tornando casi imposible poder eliminarlo completamente de Internet³⁷⁰.

Si la cesión, revelación o difusión es fruto de una conducta negligente, no habrá responsabilidad en el ámbito normativo de un tipo doloso, que implica la voluntad ejecución del acto perjudicial.

No exige el tipo legal, en cambio, la concurrencia de ningún singular elementos subjetivo de injusto de índole intencional, trascendente más allá del dolo del autor, siendo suficiente para la realización del tipo la conciencia y voluntad de ejecución de la conducta de difusión del material objeto de la misma.

***H)* Elementos de cualificación típica**

El párrafo segundo del art. 197.7 contiene una serie de supuestos en los cuales se aplicará la pena señalada en el apartado primero en su mitad superior, en función de la concurrencia de los siguientes elementos circunstanciales de cualificación delictiva:

- Cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

³⁷⁰ IANELLO, Romina, Veltani Darío, ob. cit., p. 78.

- La víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de protección.
- Los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

La exigencia de la relación de afectividad o análoga entre personas (*A* y *B*) justifica la intervención del Derecho penal en el marco de un tipo cualificado de delito. En estos casos existe o ha existido una confianza e intimidad compartida, donde la autorización para hacer o deshacer en lo que a la vida personal se refiere es más clara y se limita estrictamente a los intervinientes. En ese contexto, estamos ante “secretos”, ante una parte de la vida que se excluye del exterior, y se reserva a un ámbito de confianza mutua asumida.

Se ha de analizar en el caso concreto la importancia del vínculo interpersonal existente entre dos sujetos ante un objeto que efectivamente fue divulgado sin consentimiento relevante, así como los motivos de índole vindicativa o discriminatoria que hayan impulsado la práctica de la divulgación, etc.

CAPÍTULO VI

ANTI JURICIDAD

I.- Bien jurídico protegido

La antijuricidad penal es la negación de la juridicidad en virtud de la ejecución de un acto con relevancia típica, que lesiona efectivamente o pone en peligro al bien jurídico tutelado por el tipo legal. Todo delito lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado en un tipo legal: no hay delito sin ofensa a un bien o valor jurídico-penalmente protegido. En la dogmática penal se denomina este criterio axiológico y regulativo como principio de ofensividad *-nullum crimen sine injuria-*, y conforme al mismo no se admite la formal configuración de tipos de delito que no incidan nocivamente en bienes jurídicos³⁷¹.

Sin la realización de un comportamiento antijurídico que por su intrínseca gravedad requiera la conminación penal, y sin la presencia de un objeto de protección que por su significancia social exija una garantía punitiva, el propio Derecho penal carecería de sentido como orden jurídico y como medio de control político-criminal. Por ello, destacar el valor del bien jurídico en Derecho penal constituye tarea obvia pero en todo caso ineludible. El reconocimiento del concepto de bien jurídico representa un

³⁷¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 154 ss.

presupuesto básico imprescindible para la justificación normativa del sistema penal³⁷².

Se ha señalado que “el bien jurídico posee una trascendencia consustancial en sus dimensiones dogmática y práctica al propio ordenamiento penal: de su entidad y contenido depende, no ya la estructuración técnica, sino la propia existencia del ordenamiento punitivo. Destacar el valor del bien jurídico en el Derecho penal constituye tarea superflua como innecesaria. Un Derecho penal que desde su inicio no se propusiera finalmente en esencia garantizar la protección de los valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad, mediante el ejercicio de las sanciones penales en los límites social y jurídicamente tolerables, sería un Derecho penal carente de base sustancial y no inspirado en los principios de justicia sobre los que debe asentarse todo ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, inservible para regular la vida humana en sociedad”³⁷³.

En el mismo sentido, se ha considerado que en el Estado de Derecho el principio de lesividad, es decir, la dañosidad social connatural al ilícito, que se concretará en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, pasa a convertirse en uno de los principios políticos centrales del

³⁷² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Editorial Mave (Mario Viera, Editor), Buenos Aires, 2000, p. 319.

³⁷³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Editorial Mave (Mario Viera, Editor), Buenos Aires, 2000, p. 319.

Derecho penal de la democracia. Junto a los principios tradicionales de culpabilidad y legalidad, el principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*) fortalece un Derecho penal ajustado a los cánones del Estado constitucional de Derecho³⁷⁴.

El concepto de bien jurídico nació con una clara función de garantía para los sujetos³⁷⁵, en cuanto pretendía dar razón de la intervención estatal y su importancia en la configuración de los tipos penales³⁷⁶.

Se ha entendido por bien jurídico aquel bien o valor considerado por la norma penal como merecedor y necesitado de protección jurídico-penal frente a los más graves ataques que implica su lesión o puesta en peligro. La lesión es la incidencia de afectación negativa sobre el bien jurídico consistente en la destrucción o grave menoscabo del mismo, determinante de la intervención estatal mediante el Derecho penal. La puesta en peligro consiste en sometimiento del bien jurídico a la situación de grave riesgo concreto e inminente de la destrucción o menoscabo del bien jurídico³⁷⁷.

³⁷⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Bs. As., 2004, p. 2.

³⁷⁵ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 350.

³⁷⁶ Vid. FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Bs. As., 2004, pp. 11 y ss.; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Editorial Mave (Mario Viera, Editor), Buenos Aires, 2000, p. 337.

³⁷⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 156 ss., donde además efectúa una síntesis de la evolución histórico-dogmática del bien jurídico, en la que resalta los hitos fundamentales de desarrollo de la teoría, en los siguientes términos: Birnbaum, en 1834, delimitó el concepto de bien jurídico en Derecho penal, y numerosos autores han desarrollado doctrinalmente una particular concepción del bien

POLAINO NAVARRETE sostiene que el bien jurídico posee una trascendencia consustancial en sus dimensiones dogmática y práctica al propio ordenamiento penal: de su entidad y contenido depende, no ya la estructuración técnica, si no la propia existencia del ordenamiento punitivo. Un Derecho penal que desde su inicio no se propusiera garantizar la protección de los valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad, mediante el ejercicio de las sanciones penales en los límites social y jurídicamente tolerables, sería un Derecho penal carente de base sustancial y no inspirado en los principios de justicia sobre los que debe

jurídico desde muy diversas posiciones. En 1872, la categoría del bien jurídico fue desarrollada singularmente en su dimensión formal por Karl Binding, mediante la formulación en el sistema penal de su conocida teoría de las normas, concebidas como normas de prohibición y normas de mandato, conectadas con el bien jurídico. Las normas de prohibición describen una acción y un resultado. El sujeto que vulnera esas normas realiza un injusto formal-material, en relación al específico imperativo legal de una conducta: el sujeto que no cumple el mandato vulnera la norma, produciendo el injusto. En 1883, Franz von Liszt formuló una teoría de la nocividad social, según la cual el delito causa siempre una lesión en la sociedad, de tal forma que los bienes que protege el derecho penal son siempre valores sociales, representando el bien jurídico un relevante factor político-criminal. En 1974, Hans-Joachim Rudolphi consideró que el bien jurídico es una unidad de función social portadora de valor. Muy diversas concepciones ha tratado de configurar, desde diferentes perspectivas, un concepto de bien jurídico portador de un contenido substantivo-material. Entre ellas se podía encuadrar la doctrina del bien jurídico como mínimo ético, curso objeto fue minimizar la rigidez de la norma, rehusar un poder limitado del legislador y supeditar la función legislativa a una concepción real de los valores sustentados en la sociedad. En 1935, Welzel consideró que el Derecho penal desempeña una función pedagógica al fomentar la protección de ciertos valores sociales: el mínimo ético. En 1966, Roxin manifestó que el fin esencial del Derecho penal, que deriva del Estado, solamente puede acreditarse donde se asegure a todos los ciudadanos una existencia libre detenidos; y como bien jurídico podía entenderse aquellas situaciones portadoras de valor, que delimitadas en el mundo exterior. En contraposición a las teorías predominantes, en la década de los ochenta, Jakobs defiende la tesis sobre la base de la dialéctica hegeliana, de que el Derecho penal no repara bienes, de manera que no se puede definir el delito negativamente, como reacción ante una lesión de un bien material, sino de manera positiva: como restablecimiento de la vigencia quebrada de la norma.

asentarse todo ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, inservible para regular la vida humana en sociedad³⁷⁸.

Se ha indicado³⁷⁹ que el concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina en dos sentidos distintos: *a)* en el sentido de político- criminal (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el derecho penal (en contraposición a los valores solamente morales); *b)* en el sentido dogmático (*de lege lata*) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate. Aquí interesa este sentido dogmático de bien jurídico, como “objeto de la tutela jurídica”; por ejemplo la vida, la propiedad, la libertad, el honor, la administración de justicia, etc., en cuanto el Código penal castiga determinados ataques contra esos bienes³⁸⁰.

El concepto de bien jurídico, cumpliendo una clara función de garantía para los sujetos, constituye el punto de partida de la formación del tipo penal.

En consecuencia, la función del bien jurídico no se agota en la creación del tipo penal, sino en su constante legitimación, toda vez que

³⁷⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Prólogo de José Antonio Caro John, Grijley, Lima, 2004, p. 229.

³⁷⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., p. 161.

³⁸⁰ Esto no significa, como pretende Jakobs, que el bien jurídico penal sólo sea tal frente a los concretos ataques que la ley penal prevé: la vida, por ejemplo, sigue siendo un bien jurídico cuando no es objeto de ningún ataque finalmente típico, porque el derecho penal continúa protegiéndolo ante cualquier posible ataque penalmente típico: *vid.* MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 161.

cualquier tipificación es imposible o arbitraria si no se hace desde el bien jurídico³⁸¹.

En el examen de un tipo delictivo es fundamental apreciar el bien jurídico protegido, pues la función que incumbe desempeñar al bien jurídico es de vital importancia para comprender los términos típicos y para resolver cuestiones concursales. Así lo estimaba SOLER, al señalar que la determinación del bien jurídico tutelado es la mejor guía para la correcta interpretación de la ley. En efecto, entendía que el bien jurídico es el primer eslabón en la larga cadena que conforma la teoría del delito: es una herramienta teórica básica que obra de puerta de acceso al mundo de la infracción delictiva³⁸².

El concepto de bien jurídico es un importante componente de la fundamentación del injusto material, en el sentido de que no puede prescindirse de él, ni siquiera desde una fundamentación funcionalista del injusto en la que se concede también relevancia al concepto de norma. Ambos conceptos, norma y bien jurídico, no son incompatibles, sino todo

³⁸¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Los bienes jurídicos colectivos*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número Extra 11, p. 150.

³⁸² SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo 3, Tea, Buenos Aires, 1970, p. 4.

lo contrario: ambos se exigen mutuamente, de manera que la norma es la forma y el bien jurídico el contenido³⁸³.

En consecuencia, la tarea de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma, doctrina funcional-sistémica que defiende JAKOBS³⁸⁴. Pues ambas exigencias se reclaman mutuamente, aunque jueguen en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, y la segunda configura la estructura del sistema jurídico y social³⁸⁵. Su compatibilidad y la contingencia de sus fines es demostrar que, en la dogmática penal actual, el concepto de bien jurídico sigue desempeñando un papel imprescindible en la fundamentación material del injusto y en la determinación de la función del Derecho penal³⁸⁶.

El sentido constitucional del principio de lesividad radica, por una parte, en limitar el *ius puniendi* a fin de que todo ejercicio de poder punitivo por parte del operador jurídico esté sometido a un continuo control acerca de su legitimación constitucional y, por otro lado, extiende la garantía que solo cabe dicha intervención cuando se trate de una efectiva

³⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma ¿dos funciones excluyentes?*, Cuadernos de Política criminal, número 93, pp. 17 y sig.

³⁸⁴ JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

³⁸⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto, El funcionalismo en Derecho penal*, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003, vol. 2, p. 61.

³⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma ¿dos funciones excluyentes?*, Cuadernos de Política Criminal, 2007, número 93, pp. 17-38.

lesión del derecho de la persona, con independencia de que dicha lesión opere técnicamente bajo la forma de un delito de peligro o de resultado; siendo determinante que la lesión recaiga efectivamente sobre un derecho y no sobre una moral, una ideología, o una política determinada³⁸⁷.

JESCHECK³⁸⁸ resalta que el concepto de bien jurídico nació con una clara función de garantía para los sujetos, en cuanto pretendía dar razón del porqué de la intervención estatal y su importancia en la configuración de los tipos penales³⁸⁹.

BUSTOS RAMÍREZ entiende que “el bien jurídico constituye el punto de partida de la formación del tipo penal; no agotándose su función en la creación del tipo penal sino en su constante legitimación, puesto que, cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria si no se hace desde el bien jurídico”³⁹⁰.

En otro sentido, aunque en esencia no tan diferente, GONZÁLEZ RUS afirma: “La identificación del bien jurídico protegido es una de las primeras tareas que se impone el intérprete, por considerar que el mismo constituye un instrumento de gran importancia para la interpretación y

³⁸⁷ CARO JOHN / HUAMAN CASTELLARES, *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editores del centro, Lima, 2014, pp. 85 y ss., citado por Buompadre, Jorge, en ob. cit., pp. 70/1.

³⁸⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 4ª edición, traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 350.

³⁸⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., p. 350.

³⁹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Los bienes jurídicos colectivos*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número extraordinario 11, 1986, p. 150.

aplicación de cualquier delito. Tal proceder, que es acertado, no consigue ocultar la paradoja que supone el hecho de que para delimitar concretamente el ámbito y límites del injusto se acuda al bien jurídico protegido, cuya identificación y concreción definitiva sólo resulta posible, sin embargo, una vez que se examinan los elementos básicos del tipo del injusto. Tal exigencia es particularmente evidente en determinadas figuras delictivas en las que la indagación preliminar sobre cuál sea el bien jurídico protegido resulta absolutamente insuficiente y no puede ultimarse con rigor hasta que no se ha concretado el estudio de los elementos centrales del tipo de injusto correspondiente”³⁹¹.

En consecuencia, la controversia en el Derecho penal se presenta entre aquellas posturas -mayoritarias en la doctrina- que defienden la idea de que el Derecho penal protege bienes jurídicos³⁹², y aquellas otras concepciones -respecto de las que JAKOBS es pionero-, de corte funcional-sistémico, que entienden que el Derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma³⁹³.

³⁹¹ GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual*, en ROMEO CASABONA (dir.), *El nuevo Código penal*, Comares, Granada, 1999, p. 755.

³⁹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Prólogo de José Antonio CARO JOHN, Grijley, Lima, 2004, pp. 227 y ss.

³⁹³ Vid. JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal?: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Protección de los bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma ¿dos funciones excluyentes?*, Cuadernos de Política Criminal, nº 93, Madrid, 2007, pp. 17-38.

La razón de que el Derecho penal proteja la vida de la sociedad³⁹⁴ debe estar íntimamente relacionadas con la protección de un interés relevante para un individuo o para la comunidad en su conjunto, pero no para grupos minoritarios que pretenda imponer determinadas pautas de comportamiento a los ciudadanos, pues entonces aquella razón no estaría legitimada y sería arbitraria e inconstitucional.

Las Constituciones democráticas deben expresar un consenso social de los ciudadanos y los intereses básicos los cuales constituyen bienes jurídicos que el Estado ha de proteger.

Si una conducta es delito cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico, y el delito es un producto del Derecho penal, entonces éste debe tender a proteger aquellos valores sociales que ese delito lesiona o pone en peligro, es decir, el bien jurídico.

El Derecho penal tiene como función primordial la protección del bien jurídico; su negación implicaría la negación de propio Derecho penal, pues no podría estar legítimamente justificada su intervención frente a infracciones que no protege ningún bien jurídico. La intervención penal en

³⁹⁴ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, *Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto*, *El funcionalismo en Derecho penal*, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003, vol. 2, p. 61

los casos en que no hay bien jurídico para proteger, porque no hay delito, deviene arbitraria e ilegítima³⁹⁵.

El hecho que la infracción penal importe al mismo tiempo que una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, también quebrantamiento de expectativas normativas, no significa que se deba prescindir del concepto de bien jurídico como herramienta dogmática justificadora del injusto penal. POLAINO NAVARRETE sustenta que la tarea de protección de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia la norma; ambas cuestiones se reclaman mutuamente, aunque jueguen en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo y, la segunda, configura la estructura del sistema jurídico y social. Su compatibilidad y la contingencia de sus fines demuestran que el concepto del bien jurídico sigue desempeñando un papel imprescindible e irreemplazable en la fundamentación material del injusto y en la determinación de la función esencial del Derecho penal³⁹⁶.

Desde una perspectiva político criminal, el principio del bien jurídico implica que las normas penales no puede proteger otra cosa que no sean bienes jurídicos. Luego, si el legislador quiere ser coherente, tendrá que renunciar a la penalización de comportamientos sin el reconocimiento

³⁹⁵ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, ob. cit., p. 68.

³⁹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma ¿dos funciones excluyentes?*, Cuadernos de Política Criminal, nº. 93, Madrid, 2007, pp. 37 y ss.

previo de un objeto de tutela constituido por bienes o valores merecedores de protección penal.

La protección de derechos de la persona implica el reconocimiento del principio lesividad, que garantiza al ciudadano que donde no exista un derecho sometido a cuestionamiento carece de sentido de la intromisión el Derecho penal sobre la esfera de la libertad personal del ciudadano. En esto radica el sentido constitucional del principio de lesividad: por una parte, mantiene su contenido limitador del *ius puniendi* a fin de que todo ejercicio del poder punitivo por parte del operador jurídico esté sometido a un continuo control acerca de su legitimación constitucional, pero, por otro lado, extiende la garantía que sólo cabe dicha intervención cuando efectivamente se trate de una lesión típica del derecho de una persona; siendo determinante que la lesión recaiga efectivamente sobre un derecho y no sobre una moral o una ideología, un credo o una política determinada³⁹⁷.

II.- Derecho a la intimidad

El concepto de derecho a la intimidad parte de las elaboraciones que en el marco del pensamiento político liberal configuran la vida privada

³⁹⁷ CARO JOHN / HUAMAN CASTELLARES, *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editores del Centro, Lima, 2014, p. 85.

como una esfera que debe regirse por la autonomía individual en la que el estado debe abstenerse de intervenir si no es para asegurar el respeto de todos a ese ámbito de la personalidad.

Se afronta³⁹⁸ un análisis a partir de los movimientos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII, en los que cobrará un sentido diferente la percepción que de la libertad se había venido manteniendo desde los orígenes en la antigüedad clásica. Así se ha puesto de manifiesto³⁹⁹ cuando se distingue la conceptualización de la libertad de los antiguos de la de los modernos: mientras aquéllos la concebían en su dimensión pública, participativa, éstos la perciben como algo que es fundamentalmente privado, particular.

Lo cierto es que el derecho a la intimidad no aparece enunciado expresamente como categoría independiente, hasta fechas recientes, surgiendo en el ámbito anglosajón, más precisamente en Estados Unidos, a fines del siglo pasado⁴⁰⁰.

El derecho a la intimidad, recogido en las Constituciones, tiene su origen en un trabajo doctrinal: *the right to privacy*⁴⁰¹, cuyo objetivo era establecer un límite jurídico que vedase las intromisiones de la prensa en la

³⁹⁸ MORANT VIDAL, Jesús, *Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías. Estudios de los artículos 197 a 201 del Código penal*, Sedaví (Valencia): Práctica de Derecho, 2003, pp. 29 y ss.

³⁹⁹ MORANT VIDAL, Jesús, ob. cit., pp. 29 y ss.

⁴⁰⁰ MORANT VIDAL, Jesús, ob. cit., pp. 29 y ss.

⁴⁰¹ Publicado por Samuel D. WARREN y Louis D. BRANDEIS, *Harvard Law Review*, 15 de diciembre de 1890, Vol. 4, No. 5., pp. 193-220.

vida privada de las personas; con propósito de dar respuesta a un nuevo fenómeno social: el poder de la prensa que a finales del siglo XIX ejerce una gran influencia y su capacidad de entrometerse y lesionar la vida privada con una intensidad desconocida hasta la difusión generalizada de los periódicos.

El camino que siguieron estos autores consistió en rastrear los principios del *common law* los elementos precisos para articular la defensa jurídica de la intimidad, y a partir de estas premisas, analizar cómo se forjan los derechos a la verdad, libertad y propiedad. Así llegan a la siguiente conclusión: el derecho a la intimidad se caracteriza por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada; prevaleciendo las ideas de autonomía y aislamiento⁴⁰².

Este proceso de elaboración del derecho a la intimidad, iniciado a raíz del trabajo mencionado, adquirió un importante desarrollo a nivel estatal. En el Estado de Nueva York, en el mismo año en que se publicó el artículo, decisiones judiciales reconocieron la existencia de un derecho autónomo a la intimidad. En Massachussets y Michigan se aprobó una ley que protegía aspectos relacionados con la intimidad⁴⁰³.

⁴⁰² MORANT VIDAL, Jesús, *Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías. Estudios de los artículos 197 a 201 del Código penal*, Sedaví (Valencia): Práctica de Derecho, 2003, pp. 29 y ss.

⁴⁰³ MORANT VIDAL, Jesús, ob. cit., pp. 29 y ss.

Sin embargo, a nivel federal, se ha producido opiniones judiciales que hace referencia a este derecho pero relacionados con aspectos de la libertad personal ya tutelados constitucionalmente. A partir del texto de la I, III, IV, IX y XIV enmiendas que reconocen derechos de libertad, se habla de la intimidad, no como algo nuevo que conduce a una categoría autónoma, sino como corolario de los contenidos recogidos en el texto fundamental.

Años más tarde, el juez del Tribunal Supremo BRANDEIS entroncó este derecho con la IV enmienda de la Constitución, en el voto particular a la Sentencia *Olmstead vs. United State*. Sin embargo, el Tribunal Supremo no afirmará la existencia de un específico derecho constitucional a la intimidad dotado de una sustantividad propia hasta 1965, en la sentencia *Griswold vs. Connecticut*, que ya no se apoya en afirmaciones de las enmiendas constitucionales aludidas, sino en el reconocimiento de un derecho a la dignidad como derecho individual⁴⁰⁴.

A partir de los años 60, se comienza a insistir en la necesidad de incluir en el derecho a la intimidad la tutela de los datos personales. Hoy en día, las Constituciones comienzan a positivizar al derecho a la intimidad explícitamente como un derecho fundamental⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ MORANT VIDAL, Jesús, *Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías. Estudios de los artículos 197 a 201 del Código penal*, Sedaví (Valencia): Práctica de Derecho, 2003, pp. 29 y ss.

⁴⁰⁵ MORANT VIDAL, Jesús, ob. cit., pp. 29 y ss.

III.- Su reconocimiento constitucional

La recepción constitucional de derecho a la intimidad es muy reciente. En Europa la Constitución portuguesa fue la primera que la incluyó en el artículo 26.1 en el año 1976, y luego la Constitución española que en el año 1978 la incluyó en su artículo 18.1. El artículo 18.1CE no garantiza una intimidad determinada, si no el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia o contenido de aquello que desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que garantiza este artículo es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan que somos o que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena. Del precepto constitucional se deduce que el derecho intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida. A nadie se le puede exigir que

soporte pasivamente la revelación de datos reales o supuestos de su vida privada personal o familiar⁴⁰⁶.

Además de estos dos países, y al margen de diversas Constituciones americanas, la previsión normativa internacional se contiene en documentos internacionales: la Declaración Universal de 1948 (Art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Art. 17. 1) y la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales de 1950 (Artículo 8.1)⁴⁰⁷.

La protección constitucional de la intimidad personal y familiar en España está formulada en el artículo 18.1 de la Constitución de 1978: se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, estableciendo el apartado cuarto que dice: la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

La utilización de nuevas herramientas informáticas constituye actualmente el mayor desafío para enfrentar a derechos constitucionales que adquieren un significado que parecía insospechado hace unas pocas décadas.

⁴⁰⁶ STC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997. TEDH 1997,13.

⁴⁰⁷ FAYOS GARDÓ, Antonio (Coord.), *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 64 ss.

El Tribunal Constitucional⁴⁰⁸, tras proclamar la novedad que supone el reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad, cuya idea originaria era el respeto a la vida privada manifestada fundamentalmente en la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, señala que los nuevos avances tecnológicos han ampliado considerablemente su ámbito, pues “abarca las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida”.

Según ROMEO CASABONA⁴⁰⁹, el derecho a la intimidad comprende aquellas manifestaciones de la personalidad individual y familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven involucrados a terceros, entendiendo por tales tanto los particulares como los poderes públicos, así como el reconocimiento de su reserva o de su dominio frente a terceros.

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos integran el Título 10 del Libro II del Código penal y que se tiene por rúbrica “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”.

Parecería que el bien jurídico inviolabilidad del domicilio es objeto de protección en los delitos previstos en los artículos 202 siguientes, que

⁴⁰⁸ STC 110/1984, 26 de noviembre.

⁴⁰⁹ ROMEO CASABONA, Carlos M^a, *Derecho penal, Parte especial*, Coords.: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE y BOLDOVA PASAMAR, Editorial Comares, Tirant lo Blanch, 2016, p. 164.

incriminan el allanamiento de morada, y del domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público. Por tanto, la cuestión es determinar si el bien jurídico protegido que nos ocupa es la intimidad, la propia imagen, o ambos. El Tribunal Constitucional resalta dos derechos fundamentales consagrados en el artículo 18.1 de la CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen”.

En este sentido se hace referencia⁴¹⁰ como derechos fundamentales vulnerados de emisor original y protagonistas de las imágenes al honor, la intimidad y la propia imagen, consagrados en el artículo 18.1 de la Constitución española.

En esos términos, el derecho a la intimidad personal y familiar protege un área de autonomía de las personas en la que debe mantenerse ajenas de injerencias de terceras personas⁴¹¹.

Dentro de la intimidad personal se encuentra, sin lugar a dudas, la vida sexual de la persona, tanto en su dimensión estrictamente física o corporal, como en su dimensión psicológica o sentimental.

⁴¹⁰ MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento de protagonista: un análisis jurídico*, ISSN: 1988-2629, nº 12, nueva época, diciembre-febrero 2013, 1-16.

⁴¹¹ Una definición del derecho a la intimidad puede encontrarse también en la STC 57/1994, de 28 de febrero: “el derecho a la intimidad personal consagrada en el artículo 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana, entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para tener una calidad mínima de vida humana”. En este mismo sentido, véase la STC 159/2009, de 29 de junio.

En consecuencia, difundir imágenes de contenido sexual de una persona sin su consentimiento supondrá una injerencia en el derecho a la intimidad la persona al exponer públicamente facetas de su vida que deberían quedar al margen de la curiosidad de terceros.

Con relación a la propia imagen, el TC en su sentencia 117/90 de 25 de abril expuso que “el derecho a la propia imagen forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de la libertad de una persona respecto a sus atributos más característicos propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como cualidades inherentes e irreductibles de toda persona, de modo que, en la medida de que la libertad de ésta se mantiene en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y al tiempo el poder de decisión sobre los fines a los que haya que aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad, o su voz”.

Asimismo el Alto Tribunal consideró que “el derecho a la propia imagen (...) atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no

autorizado, sea cual sea su finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde”⁴¹².

Por tanto, se puede concluir que el derecho a la propia imagen se configurar desde dos vertientes: una positiva, consistente en la libertad de una persona sobre su imagen y su voz, lo que le confiere la facultad de configurar las mismas según sus preferencias, y otra negativa, consistente en el derecho a impedir la reproducción, obtención o publicación que dicha imagen sin autorización del titular.

En ese sentido, la difusión no consentida del material digital vulneraría el derecho a la propia imagen que garantiza a la persona el control sobre la utilización pública, otorgándole el derecho a decidir quién y cuándo puede hacer uso de los mismos. En la medida en que la persona que difunde el material ajeno sin permiso dispone de la imagen de un tercero sin contar con su consentimiento⁴¹³.

En relación al derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional entiende que consiste en “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, Necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de

⁴¹² Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo de 2001.

⁴¹³ Sentencias del Tribunal Constitucional 223/2005 y 123/2003, citadas por Álvaro MENDO ESTRELLA, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, ISSN 1695-0194, artículos RECP 18-16 (2016), p. 7.

resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida”⁴¹⁴.

Al derecho a la intimidad suele reconocerse cierto contenido de exclusión, consistente en impedir el conocimiento por parte de terceros de cuanto hace referencia a la persona⁴¹⁵.

Esta concepción pone manifiesto uno de los peligros relacionados a una postura excesivamente expansiva del bien jurídico *intimidad*, convirtiendo en un desafío la adecuada ponderación en relación a otras libertades cuando entre en conflicto con las mismas.

Por todo ello, y a los efectos de encarar metodológicamente y de forma adecuada el bien jurídico *intimidad*, deben diferenciarse tres ámbitos distintos:

- *la esfera íntima*, integrada por las facultades de exclusión absoluta frente a terceros;
- *la esfera política*, como garantía de ejercicio de los derechos políticos;
- *la esfera de la libertad personal*, garantías frente al Estado y sus facultades de intromisión con relevancia jurisdiccional, los cuales constituyen el contenido básico del derecho a la intimidad.

⁴¹⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 223/2005 y 123/2003, citadas por Álvaro MENDO ESTRELLA, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, ISSN 1695-0194, artículos REPCP 18-16 (2016), p. 7.

⁴¹⁵ MENDO ESTRELLA, Álvaro, ob. cit., p. 7.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que “los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, forma parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones de terceros; destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad”⁴¹⁶.

Asimismo el Tribunal Constitucional, lejos de otorgar al derecho a la intimidad un fundamento iusnaturalista, expresó que “su extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente deben determinar los órganos del poder judicial”⁴¹⁷.

En la perspectiva doctrinal, es generalizada la estimación de que el bien jurídico protegido en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos es la intimidad.

⁴¹⁶ STC 171/1990, de 12 de noviembre.

⁴¹⁷ STC 171/1990, de 12 de noviembre.

La doctrina ha señalado que el concepto positivo del derecho a la intimidad es una afirmación de la propia libertad y dignidad de la persona⁴¹⁸, de limitación impuesta por sobre el poder informático⁴¹⁹.

En efecto, se dice que en el artículo 197 lo fundamental es el control de la información sobre hechos o circunstancias de vida que si fuesen expuestos a la luz pública podría suponer una disminución del valor personal y social del individuo en cuanto que esa intrusión impediría, o al menos dificultaría, el libre desarrollo de ideas esenciales para su vida en sociedad⁴²⁰.

En este sentido, ALONSO DE ESCAMILLA considera que el bien jurídico protegido en estos delitos es la intimidad, un bien jurídico de naturaleza subjetiva, por lo que la delimitación y el contenido de la misma en el caso concreto pertenecen al sujeto pasivo, quien será en buena medida el que determine el ataque a la misma⁴²¹.

Se ha entendido que el derecho a la intimidad es el reducto más privado de la vida íntima del individuo, esto es, como aquellos extremos

⁴¹⁸ Sobre el alto potencial lesivo para la intimidad que supone la tecnología informática, ya en 1987, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Protección penal de la intimidad y derecho a la información*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, T. 41, 1988, pp. 39-70.

⁴¹⁹ MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, coord. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 435.

⁴²⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Protección penal de la intimidad y derecho a la información*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ISSN 0210-3001, t. 41, 1988, pp. 39-70.

⁴²¹ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos contra la intimidad, El derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2016, p. 214.

más personales de su propia vida y de su entorno familiar, cuyo conocimiento está restringido a los integrantes de la unidad familiar⁴²².

La mayor parte de los autores que han estudiado el tema, tanto en el plano conceptual-categorial como en el plano jurídico positivo, no reconocen a la imagen como un bien jurídico penal autónomo frente a la privacidad-intimidad; pues el derecho a la imagen se encuentra abarcado en la expresión amplia de intimidad constituyendo una faceta del mismo, y sólo en el caso de que el contenido de las imágenes captadas y posteriormente difundida resulten denigratorias, dañinas para el prestigio o invasoras de la privacidad, y hayan sido realizadas sin consentimiento, tales efectos han de enjuiciarse desde el punto de vista del derecho al honor o del derecho a la intimidad. Al contrario de lo que una primera lectura pudiera sugerir, el Derecho penal español apenas reconoce a la imagen más que una tutela refleja en el contexto y los límites de la protección directa del secreto y la intimidad⁴²³.

PALAZZI entiende que la figura del estudio describe un atentado al bien jurídico intimidad de la víctima, pero que, en cierta forma, roza

⁴²² MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 170.

⁴²³ VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento*, en CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y ORTS BERENGUER, Enrique (Directores), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del Prof. Tomás S. Vives Antón*, t. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1882 y ss.

también el bien jurídico integridad sexual u honestidad, pues el efecto es hacer público en Internet, a la vista de millones de personas, un contenido que estaba destinado a ser privado, el cual deja de serlo y difícilmente pueda volver a ser privado. El derecho a la a la indemnidad sexual que tiene la víctima se ve afectado de la misma forma que cuando es agredida físicamente -abuso deshonesto, violación, corrupción-, en este caso mediante la violencia psicológica que implica mostrar al mundo su vida privada sexual⁴²⁴.

A la intimidad, como bien jurídico protegido, se reconoce una doble vertiente: una positiva, que consiste en el poder de control que se tiene sobre la información que atañe a uno mismo; y una negativa, relativa a la facultad de excluir a terceros de aquellos ámbitos que el sujeto considera reservados o secretos⁴²⁵.

La doctrina del Tribunal Constitucional considera que el derecho fundamental a la intimidad, reconocido en el art. 18.1 CE, tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y conocimiento de terceros, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana. El derecho a la intimidad personal otorga a su titular una facultad negativa

⁴²⁴ PALAZZI, Pablo, *Consideraciones sobre la aprobación por el Senado de un proyecto de ley para penalizar la publicación de imágenes íntimas (revenge porn)*, El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia, ISSN 1666-8987, n 14.164, Año LV, Ed 272, p. 2.

⁴²⁵ PALAZZI, Pablo, ob. cit., p. 2.

o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz del afectado que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal que reserva el conocimiento ajeno⁴²⁶.

En este sentido el TC estima que el derecho a la intimidad garantiza que “a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar”⁴²⁷.

Asimismo, se señaló en la STC 176/2013: “Lo que el art. 18.1 CE garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada”⁴²⁸.

En suma, se entiende como el derecho a controlar o autodeterminar nuestras zonas de retiro y secreto, es decir un derecho activo de control sobre el flujo de información que afecta a cada persona⁴²⁹.

Lo cierto es que el mundo virtual aleja la percepción de riesgos, facilita aproximaciones y contactos indeseados, motoriza la difusión de

⁴²⁶ STC 7/2014

⁴²⁷ SSTC 73/1982, 110/1984, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997.

⁴²⁸ STC 7/2014

⁴²⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, *Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento*, en VVAA., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, t. II, pp. 1865 y ss.

contenidos ilícitos y confiere una particular trascendencia a comportamientos irrelevantes. En consecuencia, es preciso elevar el nivel de cautelas y actualizar los instrumentos normativos desde la triple perspectiva de la protección de datos de carácter personal, la protección civil y penal de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, integridad e indemnidad sexuales, integridad moral⁴³⁰.

En concreto, la difusión de imágenes o videos íntimos y sexuales o eróticos a través de las tecnologías de la información y comunicación, tiene un mayor menoscabo de la intimidad, por su permanencia en el tiempo y su mayor difusión, por lo que su dañosidad es más intensa⁴³¹.

IV.- Derecho a la imagen

Un sector de la doctrina constitucionalista considera que el derecho a la propia imagen es una manifestación más del derecho a intimidad, y entiende que resulta redundante recoger expresamente el derecho a la primera junto al derecho a la segunda en el artículo 18 de la Constitución.

⁴³⁰ Fiscalía de Sala en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2013.

⁴³¹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, en MIRÓ LLINARES, Fernando, *El Cibercrimen. Fenomenología y Criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 2012, p. 124.

Algunos autores señalan que el mero hecho de que exista un debate sobre la posible autonomía del derecho a la imagen vendría a impedir que pueda considerarse a ésta con plena independencia, pero se asume que la regulación constitucional supone reconocer la posibilidad de que se produzcan intromisiones ilegítimas del derecho a la propia imagen al margen de cualquier ataque al honor o a la intimidad⁴³².

La adhesión a la propia imagen merece una protección penal cuando acompaña a la intimidad, y una protección meramente civil, según el artículo 7.5 de la ley 1/1982⁴³³, cuando no hay lesión de legitimidad.

La doctrina de Tribunal Constitucional manifiesta que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigida a proteger la dimensión moral de las personas⁴³⁴.

Este derecho tiene un contenido positivo, que supone para su titular disponer de la captación, reproducción o publicación de su figura, y un contenido negativo, que comporta la facultad de impedir que tales acciones sean realizadas por terceros, cualquiera que fuese la finalidad -informativa,

⁴³² MARTÍNEZ DE PIZÓN CAVERO, J., *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1993, p. 95, citado por JAREÑO LEAL, Ángeles, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Iustel, Madrid, 2008, 1ª. ed., pp. 94 y ss.

⁴³³ El artículo 7.5 de la ley 1/1982 Considera intromisiones ilegítimas en la intimidad: "la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2".

⁴³⁴ JAREÑO LEAL, Ángeles, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Ed. Iustel, Madrid, 1ª ed., p. 93, 2008.

comercial, cultural, etc.- perseguida por quienes efectúan la captación o la difusión⁴³⁵.

Desde un punto de vista autónomo, el derecho a la propia imagen se refiere a las imágenes de manera neutral, en el sentido de que no afecta el contenido en sí de éstas, sino el formato. Si la imagen difundida resulta denigrante, o invasora de la privacidad, el enjuiciamiento debe de realizarse desde el punto de vista del derecho al honor del derecho a la intimidad, ya que el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo lesionan el derecho a la imagen que si, además, lesionan también el derecho al honor o a la intimidad.

Así, lo más específico del derecho a la imagen frente a los otros derechos del artículo 18, es su protección frente a la reproducción sin consentimiento del titular, aunque no afecte al buen nombre del sujeto ni se dé a conocer su intimidad⁴³⁶.

En consecuencia, puede sostenerse que la lesión a la disponibilidad de la propia imagen, es decir, la captación o la reproducción neutral de esta, sin implicaciones sobre la intimidad o el honor, no exigirá protección penal, pues es suficiente con la protección civil que otorga la ley 1/1982.

⁴³⁵ JAREÑO LEAL, Ángeles, ob. cit., pp. 93 y ss.

⁴³⁶ JAREÑO LEAL, Ángeles, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Ed. Iustel, Madrid, 1ª ed., 2008, p. 96.

La protección penal del art.197 debe darse cuando dicha captación y /o reproducción haya tenido lugar en un contexto claro de intimidad, y en caso de que exista una concreta lesión a la intimidad.

Este sería entonces el criterio para distinguir entre la lesión de la imagen de carácter civil de aquella otra que comporta una afección a la intimidad o el honor, que sería protegida penalmente.

V.- Estructura del injusto típico

Durante el siglo XIX se ha debatido sobre la naturaleza de la antijuricidad y, a comienzos del siglo XX, se instauró en la dogmática penal una concepción objetiva de la antijuricidad sustentada por el llamado sistema dicotómico del delito o sistema de LISZT-BELING, conforme al cual el tipo objetivo es el juicio de contraste objetivo entre una acción y la norma, esto es el *injusto típico*: la acción típica y antijurídica, mientras que tipo subjetivo se equipara con el reproche personal de la culpabilidad. Esta concepción clásica fue sometida a críticas en la dogmática penal, formulándose frente a ella, la teoría causal neoclásica⁴³⁷.

Esta doctrina reconoció en el ámbito del injusto determinadas propiedades subjetivas, diferentes del dolo, y que son incorporadas como

⁴³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 163.

elementos esenciales en los tipos penales y, al mismo tiempo, reconoció determinados elementos objetivos en la culpabilidad⁴³⁸.

Por su parte, la teoría finalista desarrollada por WELZEL, en 1931, se refiere al injusto personal, que se caracterizaba por considerar que tanto el dolo como la culpa forman parte también del injusto típico. De esta forma se defiende una doble posición del dolo y la culpa que no sólo se tiene en cuenta en el juicio de reproche subjetivo de la culpabilidad, sino también en el juicio de reproche objetivo de la antijuricidad⁴³⁹.

VI.- Elementos subjetivos del injusto

La teoría de los elementos subjetivos del injusto reconoció que en el tipo de injusto existen algunos elementos de carácter subjetivo, que presupone el dolo pero trascienden de él, y que son imprescindibles para fundamentar el injusto. Asimismo, se descubrió que en muchos delitos era preciso un elemento intencional o cognitivo sin el cual el injusto quedaba incompleto⁴⁴⁰.

⁴³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 163.

⁴³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 163.

⁴⁴⁰ VON JHERING, Rudolf (1867), BINDING, Karl (1890), y NAGLER, Johannes (1911), citados por POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 164.

El dolo está definido formalmente por su referencia a las circunstancias objetivas del hecho, los especiales elementos subjetivos del tipo, por el hecho de que no tienen una contrapartida en el tipo objetivo. Si bien ellos pueden consistir en la voluntad de realizar determinada situación de hecho, esta situación de hecho está fuera del tipo objetivo⁴⁴¹.

La formulación doctrinal de la teoría de los elementos subjetivos del injusto se debe a Hans Albrecht FISCHER, quien señaló que la antijuricidad está integrada tanto de elementos objetivos como subjetivos: en determinados supuestos el ánimo del autor decide lo injusto de una acción objetiva⁴⁴².

De acuerdo a la clasificación doctrinal más completa efectuada sobre el conjunto de los delitos subjetivamente configurados en el Código penal español de 1995⁴⁴³, podemos advertir que la conducta del supuesto típico

⁴⁴¹ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible*, 4ª. edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 201.

⁴⁴² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 163 ss.

⁴⁴³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 164 y ss., efectúa la siguiente clasificación sistemática de los tipos de delito subjetivamente configurados en el Código penal:

1. Delitos de intención:
 - a) Delitos mutilados de dos actos
 - b) Delitos de resultado cortado
2. Delitos de tendencia:
 - a) Delitos de especial motivación subjetiva
 - b) Delitos de hábitos personal
 - c) Delitos motivacionales que exigen una personal cualidad constitutiva en el autor
 - d) Delitos de tendencia sexual
3. Delitos de manifestación:

cualificado en que los hechos se hubieren realizado con una finalidad lucrativa sería encuadrable en la categoría de los delitos de intención, en su modalidad de resultado cortado, porque a la realización dolosa de los elementos objetivos del tipo se exige la ulterior intención finalista del ánimo de lucro⁴⁴⁴.

Si bien el dolo es la forma básica del tipo subjetivo doloso, existen otros elementos que no deben confundirse con este elemento. Los tipos penales de la Parte especial exigen “otros elementos psíquicos o al menos determinarles psíquicamente, sea para empezar a construir el cuadro delictivo, o bien para crear calificaciones o, a la inversa privilegios”⁴⁴⁵.

Por su parte, ROXIN plantea el problema en los siguientes términos: “la pertenencia, apenas discutida tanto antes como ahora, de otros elementos subjetivos al tipo se deriva sobre todo de la concepción del tipo como clase de delito y de injusto. Así, quien sustrae una cosa mueble ajena sin ánimo de apropiación antijurídica no realiza precisamente el injusto

-
- a) Delitos de exteriorización de juicio de valor de sentido final
 - b) Delitos de expresión falsaria del conocimiento subjetivo del autor
 - c) Delitos de especial conocimiento del autor.

4. Delitos de consumación anticipada:

- a) Delitos de tentativa autónomamente incriminada
- b) Delitos de emprendimiento o de emprender, en que se equipara el acto a la tentativa

5. Delitos de actos preparatorios autónomamente indiscriminados, en que con el acto preparatorio se alcanza la consumación típicamente anticipada

- a) Delitos de conspiración
- b) Delitos de provocación.

⁴⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 165.

⁴⁴⁵ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte general*, t. I, § 22, V.A, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 395.

típico de hurto, si no que comete una desposesión impune por regla general. El problema propiamente dicho de los elementos subjetivos del tipo ya no consiste actualmente en su existencia, sino en su delimitación de los elementos subjetivos especiales que la culpabilidad sin más en el tipo, aduciendo como argumento que los mismos fundamentan o refuerzan el juicio de desvalor social sobre el hecho, pues el juicio de desvalor social no distingue entre injusto y culpabilidad⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., t. I, § 10, VI, b, p. 311.

CAPÍTULO VII

CULPABILIDAD

I.- La imputación subjetiva

La imputación presenta dos niveles en la teoría del delito: imputación objetiva conforme a principios normativos al acto al autor y el título de imputación subjetiva de responsabilidad personal por el acto injusto realizado⁴⁴⁷.

La imputación objetiva delimita la relevancia típica del acto, atendiendo al contenido de protección y al fin de la norma jurídica, aportando las bases de la responsabilidad mediante la asignación del acto al autor. Fundamenta la relevancia típica del acto en virtud de determinados postulados normativos: principio de la creación de riesgo no permitido, principio de confianza, principio de la prohibición de regreso, principio de auto por el peligro, actuación a propio riesgo o imputación a la víctima⁴⁴⁸.

La imputación subjetiva expresa y determina la responsabilidad personal del autor. Es el reproche normativo que el ordenamiento jurídico le asigna responsabilidad al autor del injusto típico por haber infringido la norma: la culpabilidad presupone la capacidad del sujeto (imputabilidad) y

⁴⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 181.

⁴⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob., cit., pp. 99 ss.

tiene estricta naturaleza jurídica en cuanto a juicio de reproche normativo (responsabilidad)⁴⁴⁹.

El reproche normativo de la responsabilidad subjetiva que se dirige al autor por la realización del acto típicamente antijurídico será graduado en función de la gravedad del injusto típico y el título de imputación subjetiva de dolo o culpa por la realización injusto típico⁴⁵⁰.

DONNA señala que si se quisiera sintetizar cuál es el contenido del principio de que no hay pena sin culpabilidad se debería decir que en lo esencial se trata del conocimiento del ilícito y de la posibilidad de actuar conforme a esa comprensión⁴⁵¹.

En palabras de HIRSCH, los dos elementos de la culpabilidad son la posibilidad de la conciencia del injusto, que es el elemento intelectual de la culpabilidad, y la posibilidad de actuar en la medida de esa conciencia, que es el elemento volitivo de la culpabilidad⁴⁵².

⁴⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 181 ss.

⁴⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pp. 115 ss.

⁴⁵¹ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte general*, tomo IV, *Teoría general del delito III*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 58.

⁴⁵² HIRSCH, Hans Joachim, *El principio de culpabilidad y su función en el Derecho penal*, Obras completas, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, pp. 149 y ss.

II.- Imputabilidad

La imputabilidad expresa la capacidad subjetiva de culpabilidad en función de las facultades psíquicas del autor de conocer y comprender la norma. Será imputable quien tiene la idoneidad para responder por la realización del injusto típico, siempre que pueda comprender el sentido de la norma y autodeterminarse conforme al mismo. Será inimputable quien adolece de un déficit psicológico y carece de tales facultades para comprender el sentido de la norma y dirigir sus acciones⁴⁵³.

En consecuencia, la imputabilidad es la capacidad de imputación de la realización injusto típico a su autor basado determinadas condiciones psíquicas de aquel si sirve de base a la culpabilidad: la inteligencia, que exige la capacidad subjetiva de conocimiento del sentido de los actos propios relacionados con la norma, y la voluntad, que implica la capacidad de decisión volitiva de realizar el acto que quebranta la norma.

JIMÉNEZ DE ASÚA⁴⁵⁴ definió a la imputabilidad como capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma y que determinarse espontáneamente.

⁴⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 181 ss.

⁴⁵⁴ Cit. por POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 184.

La imputabilidad es presupuesto del juicio normativo de reproche de la culpabilidad. Sólo posee capacidad de autodeterminarse quien ha completado el desarrollo psicológico de su personalidad habiendo alcanzado un límite de edad cronológica, en circunstancias de normal desarrollo físico-espiritual acorde al mismo. El ordenamiento penal exige, para la imputabilidad, el nivel de desarrollo de personalidad que fija en el límite legal la mayoría de edad (18 años) por debajo del cual (de 14 a 18 años) el sujeto es considerado inimputable. Exige también la normalidad del funcionamiento de las facultades de psiquismo humano, quedando excluida la capacidad de culpabilidad en los casos de su ausencia en el momento del acto por cualquier causa, ya sea patología o alteración psíquica, o déficit de conciencia de la realidad⁴⁵⁵.

Para la teoría finalista de la acción, la reprochabilidad presupone la capacidad de motivarse por la norma. El que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma es decir si podía obrar de otra manera⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 185.

⁴⁵⁶ KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, pp. 202 y ss., cit. por BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 1999, pp. 422 y ss.

Desde este punto de vista, las causas de inculpabilidad carecen de fuerza para excluir la culpabilidad y sólo constituyen causas generales de no formulación del reproche de culpabilidad⁴⁵⁷.

Fundamento de ello es la comprobación empírica de que, en las situaciones que caracterizan las causas de inculpabilidad, no se elimina la capacidad de obrar de otra manera: en un estado de necesidad disculpante siempre es posible cumplir con el derecho y asumir el daño sobre los propios bienes jurídicos, sólo que en tales casos, el derecho no formula reproche alguno⁴⁵⁸.

ROXIN ha cuestionado el concepto de culpabilidad del finalismo, considerando que la esencia de la culpabilidad no debería estribar en el “haber podido obrar de otra manera”⁴⁵⁹.

Se estima la concurrencia de condiciones de imputabilidad siempre que no medie la presencia de alguna causa legal de exclusión de la misma por alteraciones, anomalías, déficits de desarrollo de la personalidad sujeto⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, pp. 202 y ss., cit. por BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Argentina, 1999, pp. 422 y ss.

⁴⁵⁸ JESCHEK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 4ª edición, traducción española de Miguel OLMEDO CARDENETE, ob. cit., pp. 388 y ss.

⁴⁵⁹ ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, De Gruyter, 2ª ed., 1973, pp. 33 y ss.

⁴⁶⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 185.

III.- Libre albedrío como presupuesto de la culpabilidad

Junto a las condiciones psico-físicas que configuran la imputabilidad, hay otros presupuestos de imputación subjetiva, que se denominan existenciales, y que son constituidos por las condiciones personales de libre autodeterminación de la conducta. La capacidad de libre autodeterminación de conducta introduce el ámbito de los presupuestos psicológicos de racionalidad de la conducta en el propio contenido normativo de la culpabilidad⁴⁶¹.

La libertad de autodeterminación de conducta es el elemento esencial de la culpabilidad que exige acreditar en el sujeto las facultades de ejercicio de libre albedrío. En este sentido, en el ámbito de la imputación subjetiva es importante destacar el determinismo relativo, según el cual el hombre, dentro del conjunto de factores condicionantes de su acción tiene un marco de libertad de conducta, que constituye el presupuesto de la imputación subjetiva por su ejecución⁴⁶².

La libertad de autodeterminación en sentido normativo no es sólo posibilidad de actuar de otro modo, sino la posibilidad del sujeto de ser determinado por el sentido de la norma.

⁴⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 186.

⁴⁶² POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 186.

Según KANT, “la autonomía es la propiedad que tiene la voluntad de ser ella misma su propia ley, independientemente de toda propiedad de los objetos del querer. El principio de la autonomía consiste en elegir siempre de tal modo que las máximas de nuestra elección sean comprendidas como le leyes universales en este mismo acto de querer. Que esta regla práctica sea un imperativo, es decir, que la voluntad de todo ser racional esté ligada a ella necesariamente como a una condición, no puede ser demostrada por el simple análisis de los conceptos implicados en la voluntad, ya que se trata de una proposición sintética, pero que el principio de la autonomía sea el único principio de la moralidad se explica por el simple análisis de la moralidad. Pues se demuestra por ello que el principio de la moralidad ha de ser un imperativo categórico y que este no manda ni más ni menos que la misma autonomía”⁴⁶³.

WELZEL aborda el tema de la libertad del sujeto, como la capacidad de poder regirse conforme a sentido. Se trata de la libertad de la coacción causal, ciega, indiferente ha sentido, para poder autodeterminarse conforme a sentido. En consecuencia, la mala voluntad es actuar conforme a los impulsos⁴⁶⁴. La libertad no es una situación si no acto: el acto de la

⁴⁶³ KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, vol. 2, p. 440, cit. en DONNA, Edgardo, *Derecho penal, Parte general*, tomo IV, *Teoría general del delito*, III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pp. 45 y ss.

⁴⁶⁴ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema de Derecho penal*, Ed. Julio César Faira, Montevideo-Buenos Aires, 2001, p. 143.

liberación de la coacción causal de los impulsos para una autodeterminación valorativo⁴⁶⁵.

En ese sentido, manifiesta que la culpabilidad no es un acto de libre autodeterminación, si no precisamente la falta de una decisión conforme ha sentido en un sujeto responsable⁴⁶⁶.

IV.- Reproche normativo de culpabilidad

La culpabilidad es el reproche personal normativo por la realización de un injusto típico. El tipo legal cumple en el plano de la antijuricidad una función sistemática y de delimitación de la garantía normativa, y en el plano de la culpabilidad cumple esencialmente una función de motivación en cuanto describe los comportamientos cuya no comisión quiere motivar la norma. La culpabilidad es reproche jurídico que corresponde a quien ejecuta el injusto típico con “posibilidad de actuar de otro modo” a como lo hizo, es decir, acomodando su conducta a la norma en lugar quebrantarla⁴⁶⁷.

WELZEL sostenía que el momento de la culpabilidad, en el sistema de la acción final, se encuentra en la decisión de la voluntad a favor del tres

⁴⁶⁵ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema de Derecho penal*, Ed. Julio César Faira, Montevideo-Buenos Aires, 2001, p. 143.

⁴⁶⁶ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema de Derecho penal*, ob. cit., p. 145.

⁴⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, p. 187.

valor de su acción⁴⁶⁸: “El específico elemento de la culpabilidad está más bien en la determinación del sentido de la decisión de valor, sobre la cual descansa la decisión y su ejecución. Cada decisión de acción está motivada en la representación de valor”⁴⁶⁹.

ROXIN critica a la teoría de la culpabilidad como “poder actuar de otro modo”. En este sentido, afirma que la culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al sujeto que no se haya comportado conforme a derecho, decidirse por el derecho. La base interna del reproche de culpabilidad radica en que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el derecho y contra el injusto⁴⁷⁰.

JAKOBS señaló que la misión que ha de desempeñar el concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a derecho del autor como motivo del conflicto. Cuando hay un déficit de motivación jurídica, al castigarse al autor, se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar el reconocimiento general de la norma. Con arreglo a este fin de la pena, el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar

⁴⁶⁸ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., pp. 97 y ss.

⁴⁶⁹ WELZEL, Hans, *Estudios de Derecho penal*, trad. al castellano por Gustavo ABOZO y Tea LOW, B de F, Montevideo, 2002, pp. 72 y ss.

⁴⁷⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, trad. esp. cit., 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997, tomo I, § 19 IV, nm. 18, cit. por DONNA, Edgardo, ob. cit., pp. 100 y ss.

el ordenamiento. Se trata, pues, de que del círculo de las múltiples condiciones de cualquier acción antijurídica debe poderse señalar un déficit de motivación jurídica en el autor como tema relevante⁴⁷¹.

GIMBERNAT ORDEIG acoge el criterio de indemostrabilidad de poder actuar de otro modo de un delincuente, proponiendo renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena. Por ende, la pena sólo encontraría justificación y su medida en razones de prevención general y especial⁴⁷². No obstante, no habrán de dejarse de lado el error de prohibición, la exclusión de la responsabilidad por el resultado, las medidas de seguridad a los inimputables⁴⁷³.

La responsabilidad jurídica del sujeto por el injusto se vincula a la característica normativa de la exigibilidad de otra conducta, que representa un elemento esencial de la teoría de la culpabilidad: al autor no corresponde ningún juicio de culpabilidad cuando a él no le pudo haber sido exigible otro comportamiento.

De la norma surge un deber jurídico de esos destinatarios: en tanto no concurra una causa legal que lo anule será exigible su cumplimiento, y

⁴⁷¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 581.

⁴⁷² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, Ponencia mantenida en el Coloquio Internacional de Santiago de Chile, Revista de Ciencias Penales, 3ª época, enero-abril de 1973, nº 1, t. XXXII, pp. 30 y ss.

⁴⁷³ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal*, ob. cit., p. 128.

su inobservancia determinará el reproche normativo de imputación subjetiva de responsabilidad.

La culpabilidad se configura sobre la base de diversos factores: la libre autodeterminación de la conducta infractora en la norma; la posibilidad personal de actuar de otro modo; la posibilidad del sujeto de motivar su conducta en el sentido de la norma; la exigibilidad jurídica de motivación de la conducta en la norma; la ausencia de causas que exclusión y la obligatoriedad de observancia de la norma⁴⁷⁴.

La culpabilidad es reproche objetivo establecido por la norma y reproche personal dirigido al singular sujeto imputable autor del acto.

Su objeto es el injusto típico, el sujeto es culpable sólo por la comisión del acto, pues sin la realización de la conducta típica y antijurídica no existe culpabilidad.

Los presupuestos de la culpabilidad son la imputabilidad del sujeto y su libertad de autodeterminación.

Las formas de manifestación de la culpabilidad son el dolo y la culpa, que, al mismo tiempo, integran elementos del tipo de injusto que determinan la concreción dolosa o culposa del tipo penal.

⁴⁷⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pp. 188 s.

La culpabilidad es responsabilidad por la comisión de acto típico y antijurídico. La imputación subjetiva se integra por elementos de diversa naturaleza: subjetivos, objetivos, formales, y materiales.

Los factores psicológicos del autor en relación con la norma representa la base general de la culpabilidad, pero a la misma pertenecen también determinados caracteres objetivos que incrementan el reproche normativo de culpabilidad.

La exigibilidad normativa de conducta integra una característica jurídica referida a cada autor de injusto típico de forma exclusiva e intransferible. Su valoración toman cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas en que el autor se encontraba el momento del acto, debiéndose apreciar las condiciones de exigibilidad en el contexto de la irrepetible situación del sujeto.

En este sentido, quien difunde o publica imágenes o videos íntimos de una persona sin su consentimiento, tuvo la autodeterminación libre para actuar de esa forma, habiendo tenido la posibilidad de actuar de otro modo y de motivarse en el sentido de la norma pues se encontraba obligado a su observancia, razón por la cual es culpable.

A lo expuesto deberá sumarse que el sujeto activo sea mayor de 18 años y que no se encuentre afectado por patología psíquica alguna que le haya impedido comprender la dirección y la criminalidad de sus actos.

CAPÍTULO VIII

PUNIBILIDAD

I.- Fundamentos político-criminales de la incriminación

El concepto de delito requiere la concurrencia del conjunto de elementos constitutivos del mismo: acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad. La punibilidad implica la necesidad y merecimiento de pena de la realización del injusto típico y culpable. Es la característica del delito que expresa estas cualidades de la acción determinadas por las exigencias político-criminales derivadas de la conveniencia y utilidad de la sanción penal en respuesta adecuada al comportamiento que deviene criminal⁴⁷⁵.

El concepto de delito está esencialmente determinado por la antijuridicidad de la conducta típica y la imputación subjetiva de su autor, pero asimismo también por las condiciones de utilidad y conveniencia de establecimiento de la sanción penal en base a exigencias político-criminales de prevención general y prevención especial que la norma penal ha de perseguir como fines esenciales de la misma, en aras al cumplimiento de las funciones normativas y la prosecución de los fines consubstanciales del ordenamiento punitivo⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 203 y ss.

⁴⁷⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pp. 203 y ss.

La punibilidad no puede ser confundida con la penalidad. La punibilidad, constituye una característica esencial del concepto jurídico del delito; mientras que la penalidad representa una cualidad referida a la consecuencia jurídica del mismo que es la pena.

La valoración de la punibilidad en la teoría del delito suele no ser tomada en cuenta en las exposiciones doctrinales que se limitan a analizar los elementos básicos del concepto de delito representados por la acción típica, la antijuricidad y la culpabilidad, no integrando el examen dogmático de la relevancia de la punibilidad en la teoría del delito.

El cuestionamiento de la punibilidad como elemento esencial en el concepto jurídico del delito tiene base en diversas argumentaciones, como las siguientes: entender que la problemática de la pena pertenece a una esfera político-criminal que sea al día fuera del concepto de delito⁴⁷⁷; considerar que es innecesario añadir la punibilidad como nota adicional en concepto de delito⁴⁷⁸, estimar la punibilidad como un escalón valorativo adicional dentro de la teoría del delito⁴⁷⁹, o considerarla como una exigencia lógica insoslayable en cuanto nota conceptual expresiva de la

⁴⁷⁷ CEREZO MIR, José, cit. en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 205.

⁴⁷⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 8ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2006, pp. 525 y ss.

⁴⁷⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, cit. en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 205.

posibilidad legal de pena pero no como un elemento de la estructura del delito⁴⁸⁰.

La punibilidad es una característica esencial del delito, las exigencias político-criminales relativas a la posibilidad de incriminar un acto como delictivo y su correspondiente sanción penal, teniendo en cuenta la naturaleza de *ultima ratio* del ordenamiento punitivo y los fines esenciales de prevención criminal que la norma ha de perseguir⁴⁸¹.

De esta forma, la acción, tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad y culpabilidad requieren además, para la existencia del delito, la concurrencia de la punibilidad, que determina la susceptibilidad, la necesidad y el merecimiento de pena del injusto típico y culpable realizado por el sujeto⁴⁸².

Sin la punibilidad, en este sentido, no se produce el delito, pues el ordenamiento describe en el tipo penal y conmina con una pena sólo las conductas que, por su extrema gravedad en la convivencia social, y que además son requeridas y acreedoras de una sanción jurídica de esta índole.

La función de la punibilidad se concreta en un nexo de conexión entre los criterios dogmáticos fundamentado de la función penal y las

⁴⁸⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, Parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

⁴⁸¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 204.

⁴⁸² POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pp. 206 ss.

exigencias político-criminales de prevención general y de prevención especial a cuya consecución ha de tender la misma⁴⁸³.

Nos encontramos frente a un proceso de evolución constante del que el ordenamiento jurídico no puede mantenerse ajeno prevaleciendo en consecuencia los intereses sociales que obliga a la adaptación del derecho penal a esta nueva realidad.

Las nuevas modalidades delictivas que se realizan utilizando herramientas informáticas requieren de un nuevo y profundo análisis, por lo cual el objeto de tutela es alguno de los bienes jurídicos ya conocidos (intimidad, en el caso en estudio).

La utilización de los sistemas informáticos para cometer los delitos crecen día a día; muchas veces estos ataques son graves, lo cual implica un salto cualitativo en cuanto la forma de cometer los delitos, ya sea por la facilidad que implica ejecutarlos, o bien, por el anonimato, circunstancias que obligan al Derecho penal a ofrecer una tutela adecuada y hacerse cargo de tal situación.

En este sentido, se ha señalado⁴⁸⁴ que la Política criminal examina el merecimiento de pena de nuevos hechos surgidos en torno a la informática y la forma más eficaz de lucha contra el delito, entendiéndose por la

⁴⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 203, 206.

⁴⁸⁴ MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, Edisofer S.L., Libros jurídicos, Madrid, 2001, pp. 28 y ss.

misma⁴⁸⁵ aquella ciencia que trata de determinar con arreglo a ciertos criterios las conductas que deben ser consideradas y definidas, y los medios que tornen posible, necesario, eficaz y adecuado emplear para prevenir delitos.

En consecuencia, la funciones básicas de la política criminal en este campo en concreto, serán las de estudiar y formular un conjunto de medidas preventivas que trate de evitar la comisión de los crecientes hechos cometidos a través de Internet, determinando aquellas conductas más graves y relevantes que sea merecedora de sanción penal, así como también el examen de las nuevas legislaciones para comprobar su adecuación correcta a esta nueva realidades; pudiendo surgir y formular, en ese caso, propuestas legislativas para la incorporación de nuevas conductas o modificaciones a la legislación criminal vigente.

Es muy importante que se tome conciencia de esta nueva realidad a los efectos de prevenir las nuevas modalidades delictivas; y ello exige planificar ciertas medidas de seguridad a través de un diagnóstico acerca de las fuentes de peligro.

Ello permitirá llevar a cabo una estrategia de seguridad informática con la correspondiente adopción de medidas de protección necesarias.

⁴⁸⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Universitas, Madrid, 1996, p. 98.

Es cierto que el Derecho penal no solucionan todos los problemas ni acaso es la mejor herramienta para lograr tales objetivos, al afrontar los conflictos sociales de mayor gravedad como son los de índole criminal. Pero cuando el interés que se pretende tutelar es lo suficientemente relevante y su protección real y efectiva no puede lograrse por otras vías menos estigmatizantes, la única opción disponible es la vía punitiva.

El aumento de los casos que se han dado a conocer tanto por medios periodísticos como por denuncias, en algunos casos involucrados adultos y, en otros, menores en la difusión de imágenes de contenido erótico o sexual a través de Internet, contra la voluntad de sus protagonistas, han puesto al descubierto los daños tanto físicos como psicológicos que causa de la difusión no autorizada de aquel material a sus víctimas.

Lo expuesto justifica una intervención estatal a través de la descripción legal de conductas, no dejando de trabajar, profundamente, en la sensibilización a la sociedad sobre la problemática para prevenir estos comportamientos.

Este conflicto va más allá de las particularidades propias relacionadas con la relación autor-víctima; pues trasciende la individualidad para poner en peligro aún generalizado sector de la sociedad en riesgo que requiere de una protección adicional -como es el caso de menores-, aun cuando la práctica también es frecuente por adultos.

La duda que existía es si la difusión no consentida de imágenes íntimas debe ser incluida como delito al Código penal, es decir, si esta modalidad de conducta respeta el principio de mínima intervención penal. Lo expuesto se encuentra fundado en que gran parte de la responsabilidad por estos hechos recae en la propia víctima, pues es ella quien consiente voluntariamente una intromisión a su intimidad personal a través de la obtención de imágenes sexuales, eróticas o de contenido íntimo, de sí misma, o acompañada de otra persona.

Lo dicho encuentra justificación fundamentalmente en dos motivos: *a)* tanto las prácticas de captación como la consecuente sesión de las imágenes de contenido íntimo a un tercero implican una exposición voluntaria de la intimidad; *b)* la actitud imprudente de depositar la confianza en la persona del receptor de que las mantendrá en privado y no las hará públicas por medio de su inmediata divulgación, supuestos en los que se daría la hipótesis de haberse puesto en una situación de riesgo libremente asumido⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ MARTÍNEZ OTERO, Juan María, ob. cit., en diario La Ley, número 8234, de 22 de enero de 2014, año XXXV, editorial La Ley, España, 2014, que estima que quien revela facetas de la propia dignidad a un tercero realiza un acto libre, y como tal, un acto responsable. Se sitúa voluntariamente en una situación de riesgo, y debe asumir las consecuencias de sus actos, máxime cuando estas consecuencias son tan indeseadas como previsibles, y la posibilidad de que el sujeto que recibe los contenidos íntimos pueda posteriormente reenviarlos, es una posibilidad cierta y real, que debió tener en cuenta antes de hacerle entrega de dichas imágenes. Por ello, no parece lo más adecuado acudir al derecho penal cuando dicha posibilidad se materializa y se produce el atentado contra la intimidad. Citado por BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Conferencia en el*

Sin embargo, considero que la intervención penal en los casos de difusión no consentida de fotografías y videos de contenido íntimo y personal a través de las *TICS* está plenamente justificada y por tanto dicha conducta es suceptible de ser analizada a la luz de la acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y eventual punibilidad; y el hecho de que la víctima decida compartir su intimidad con alguien específico, no puede entenderse que esa decisión alcance a un número indeterminado de terceras personas desconocidas en la mayoría de los casos por la propia damnificada, pues la difusión masiva fue una decisión desmedida del autor de la conducta delictiva.

Ahora bien, con relación a los menores de edad, en los últimos años, muchos Estados, para prevenir los peligros que puede acarrear para la integridad psicosexual de los menores el fenómeno del *sexting* y evitar sus excesos, han procedido a modificar sus leyes en materia de pornografía infantil. La gravedad del hecho varia según el número de las personas a las que se haya enviado dicho material o de las circunstancias que se haya hecho accesible al público; mediante la publicación en red, etc⁴⁸⁷.

Congreso Internacional de Innovación jurídica, gobernanza e información, 23/11/2017, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, pp. 8 y ss.

⁴⁸⁷ SALVADORI, Ivan, *La controvertida relevancia penal del sexting en el Derecho italiano y comparado*, ob. cit., pp. 15 y ss.

En los Estados Unidos, más de veinte Estados han adoptado una legislación específica en materia de *sexting*⁴⁸⁸. Normalmente, se limitan a castigar al menor que mediante las TIC transmita o distribuya a terceros imágenes de menores de edad realizando actividades sexuales.

Si bien esta nueva modalidad entre jóvenes denominada *sexting* consiste en la publicación y difusión de imágenes o videos en las que son protagonistas los menores de edad, lo cierto es que dicho comportamiento no puede dejar de relacionarse con la conducta prohibida de distribución de pornografía infantil; razón por la cual varios Estados han tomado temperamento específico con respecto a los autores menores de edad que la llevan a cabo.

En efecto, algunos estados también castigan la difusión a través de la web de material sexualmente explícito en el que aparece un mayor o un menor para luego injuriarlos.

La simple posesión de pornografía infantil se castiga en todos los estados americanos, incluso cuando se realiza por parte de un menor. Sin embargo, y para delimitar el ámbito excesivamente amplio de la incriminación, en algunos estados se prevén causas de exclusión de la punibilidad.

⁴⁸⁸ Arizona, Arkansas, Connecticut, Florida, Georgia, Hawaii, Illinois, Luisiana, Nebraska, Nevada, New Jersey, New York, North Dakota, Pennsylvania, Rhode Islands, South Dakota, Texas, Utah, Vermont, Virginia y West Virginia.

En esta línea, el juez determinará si somete al menor, que ha producido, distribuido o que posee material pornográfico infantil, a un programa educativo o a un tratamiento psicológico específico. La asignación de un menor implicado en *sexting* a un proyecto de reeducación, estará subordinada al hecho de que no haya cometido otros delitos sexuales, que por su inmadurez no sea consciente del desvalor social de su conducta, o que, la aplicación de la sanción penal pueda causarle un daño grave⁴⁸⁹.

La primera aplicación en Estados Unidos de la legislación penal en materia de pornografía infantil en casos de *sexting* tuvo lugar en el año 2007 en el estado de Florida⁴⁹⁰. Allí, condenaron a una pareja de adolescentes de 16 Y 17 años por haberse grabado con una videocámara digital mientras realizaban actos sexuales y por haber guardado sucesivamente las imágenes autoproducidas en su ordenador. La fiscalía imputó el hecho de haber producido, dirigido y favorecido la realización de pornografía infantil.

Contra la sentencia de condena, la defensa de la menor presentó un recurso de apelación, considerando que el fallo representaba una evidente violación de su derecho a la intimidad, pues el material que había

⁴⁸⁹ SALVADORI, Ivan, *La controvertida relevancia penal del sexting en el Derecho italiano y comparado*, ob. cit., pp. 15 y ss.

⁴⁹⁰ A.H. v. State of Florida, 949 So. 2d. 234 (Fla. Dist. Ct. App. 2007).

producido con su novio estaba destinado a un uso exclusivamente personal, y no para su difusión a terceros.

El Tribunal de Apelación rechazó el recurso, considerando que la legislación penal en materia de pornografía infantil protege a los menores frente a cualquier forma de utilización con fines sexuales, también en relación a conductas consensuadas llevadas a cabo por los mismos menores⁴⁹¹.

Aunque el artículo 1, sec. 23, de la Constitución del Estado de Florida reconoce expresamente el derecho a la intimidad *-right to privacy-*, los jueces de apelación consideraron que en este caso no existía por parte de la menor expectativa legítima de protección alguna. Si bien las imágenes fueron creadas con el fin de tener un recuerdo de su actividad íntima, fueron sucesivamente compartidas con el novio, perdiendo así la menor el control sobre dicho material y surgiendo, de esta manera, el riesgo de que pudieran ser enviadas por el novio a terceras personas en cualquier momento, también en contra de su voluntad⁴⁹².

En consecuencia, los jueces afirmaron que los menores, debido a su inmadurez, están menos dispuestos que los adultos a mantener relaciones sentimentales estables. Los menores estarían más predispuestos a distribuir o a compartir con otras personas las imágenes producidas en su intimidad.

⁴⁹¹ SALVADORI, Ivan, *La controvertida relevancia penal del sexting en el Derecho italiano y comparado*, ob. cit., p. 16.

⁴⁹² A.H. v. State of Florida, cit., párr. 235.

Sin embargo, el tribunal acabó reconociendo a los menores un ámbito más estrecho de privacidad con relación a los adultos, pese al derecho de tener que gozar, en razón de su inmadurez, de una protección más fuerte, por el interés del Estado a proteger a los menores frente a los peligros para el normal desarrollo psíquico.

Sin embargo, las críticas señalan que las conclusiones a las que han arribado el Tribunal de Apelaciones de Florida no son coherentes con la finalidad de la legislación penal sobre pornografía infantil en ese estado; la cual tiene como objetivo prevenir cualquier forma de explotación sexual de los menores. Manifiestan que la producción consensuada de material pornográfico infantil por parte de los mismos menores, no puede ser equiparada en sentido estricto a una forma de explotación sexual, realizándose de manera libre y sin ningún fin de provecho. Se trataría, en consecuencia, de una legítima violación de su libertad de autodeterminación en el ámbito sexual, no pudiéndose entender el daño psicológico causado a los jóvenes, pues ellos mismos consintieron fotografiarse y el material -pornográfico- se habría producido para uso exclusivamente privado e íntimo; resultando evidente por tanto, que las únicas consecuencias negativas para los menores derivaron de la rígida aplicación de la legislación penal sobre pornografía infantil, la exposición

al proceso y la sucesiva condena por un delito sexual con la inscripción consecuente el registro de criminales sexuales⁴⁹³.

En consecuencia, el hecho de poseer material pornográfico infantil producido en el ámbito de una relación íntima y para su uso exclusivamente privado no va mas allá de los límites tácitos del tipo penal, y por ende, no integra la ofensa tipificada⁴⁹⁴.

A una conclusión distinta habrá que llegar en los casos en que un sujeto, adulto o menor, disponga de manera consciente de material pornográfico infantil que lo ha recibido por parte del menor y al que esté ligado por una relación personal íntima, pero que se ha procurado a través de terceros el Internet, mediante un programa P2P, comprándolo directamente de un pedófilo.

⁴⁹³ SALVADORI, Ivan, *La controvertida relevancia penal del sexting en el Derecho italiano y comparado*, ob. cit., p. 17.

⁴⁹⁴ SALVADORI, Ivan, ob. cit., p. 36.

II.- Delito perseguible a instancia de parte

Se trata de un delito únicamente perseguible a instancia del agraviado o de su representante legal, tal como lo establece el artículo 201 del Código penal, por lo que únicamente podría denunciar el hecho quien no habiendo autorizado la distribución se hubiera perjudicado por la misma.

La perseguibilidad del delito queda supeditada al efectivo ejercicio de la acción penal, configurándose el tipo como delito perseguible a instancia de parte, en concreto exigiéndose querella de la parte agraviada para la persecución del mismo⁴⁹⁵.

Estamos ante un delito semi-público, en el que, por disposición del artículo 201 apartado tercero del Código penal, el perdón del ofendido o su representante legal extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número quinto del apartado primero del artículo 130 del Código penal, relativo a los supuestos de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

⁴⁹⁵ RODRÍGUEZ MORO, Luis, ob. cit., p. 285.

En consecuencia, el perdón de la persona cuya imagen hubiera sido difundida sin su autorización, producirá el indicado efecto cuando haya sido prestado en forma libre y voluntaria.

En este sentido, y en relación a los elementos de la tipicidad que conforman el tipo penal en estudio, es de destacar la variedad de matices y supuestos que adopta esta nueva modalidad de conducta.

En particular, plantearé una serie de hipótesis que, en la realidad práctica, representan situaciones que pueden ser habituales y factibles⁴⁹⁶, para luego evaluarlas a la luz del tratamiento judicial que se ha dado, nutrido de opiniones doctrinales y jurisprudenciales.

Veamos algunas hipótesis:

- A protagoniza por sí solo actos de contenido sexual que graba y envía a B quien lo reenvía a terceros sin consentimiento de A.
- A protagoniza por sí solo actos de contenido sexual que graba y envía a B quien lo reenvía a terceros sin consentimiento de A y algunos de ellos lo difunden a su vez a otras personas.
- A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B con consentimiento de A y reenviados por B a C sin consentimiento de A.

⁴⁹⁶ MENDO ESTRELLA, Álvaro, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: Acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, ISSN 1695-0194, RECPC 18-16, 2016, p. 5.

- A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B sin consentimiento de A y reenviados por B a C sin consentimiento de A.
- A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B, reenviados por B a C sin consentimiento de A y reenviados a su vez por C a terceras personas.

Hipótesis A) y B): En un caso, en que A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabado por B con consentimiento de A y reenviados por B a C sin consentimiento de A, consistiendo los hechos concretamente en una grabación, consentida, en un video de imágenes de la víctima y del acusado mientras mantenían relaciones sexuales, difundiéndose con posterioridad por parte del acusado a terceras personas sin el consentimiento de la víctima (caso c), la querellante recurrente se alza en apelación por entender que los hechos descritos eran constitutivos de un delito contra la intimidad previsto en el artículo 197.1 y 3 del Código penal⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ La redacción de los apartados mencionados era la misma que la actual a pesar de que tras la entrada en vigor de la ley orgánica 5/2015 se reordenaron apartados. En su redacción original el artículo 197.1 Código penal establecía: “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de 12 a 24 meses”, añadiendo el artículo 197.3 CP: “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunde, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 25 de febrero de 2004, rechazó el recurso, pues el apartado primero de aquel precepto requería y requiere que la grabación de imágenes lo sea sin consentimiento de la víctima, y en este caso había consentimiento por su parte en la grabación de dichas imágenes difundidas posteriormente a terceros. En consecuencia, desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado en lo Penal de Lleida, calificando los hechos como injurias graves con publicidad prevista y penada en el artículo 209 en relación con el artículo 211 el Código penal⁴⁹⁸.

El hecho descrito encuadraría hoy en el tipo de delito previsto en el artículo 197.7, que prevé una pena superior a la de injuria.

Como hemos señalado más arriba, fue en su momento relevante por su alcance mediático la sentencia del *caso Hormigos*, de 15 de marzo de 2013. La denunciante había protagonizado y grabado con su propio celular, un video erótico y lo había enviado a su pareja a petición de este, quien lo reenvió a una tercera persona que, a su vez, lo reenvió a un correo electrónico. El Juzgado de primera instancia de instrucción de Orgaz archivó la causa por entender que no concurría el delito contra la intimidad, en razón de que esas imágenes no habían sido obtenidas sin el consentimiento de la víctima, sino que, por el contrario, ella fue

⁴⁹⁸ SAP Lleida, 25 de febrero de 2004, ARP 2002, 636.

voluntariamente quien había enviado dichas imágenes⁴⁹⁹, argumentando lo siguiente: “la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado video a través de su celular al imputado quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito contra la intimidad; y, en relación a la redifusión realizada por la tercer persona, no cabe achacar un reproche penal por la conducta realizada”⁵⁰⁰.

Otros casos que pueden subsumirse en los puntos A) y B) han sido objeto de enjuiciamiento por la Audiencia Provincial de Granada del año 2014⁵⁰¹. Así, dicho tribunal conoció del caso en que una menor de edad envió a través de su móvil a otro menor, con quien mantenía una relación amorosa, una fotografía en la que se mostraba desnuda obtenida con la finalidad de que la utilizara de forma exclusiva y privada. El destinatario envió esa foto por *WhatsApp* a otros tres amigos y uno de ellos la reenvió a otras personas mas, obviando en todos los casos el consentimiento de la interesada y con pleno conocimiento del daño que le causaría la distribución no consentida y su fotografía; a tal punto que, en poco tiempo, gran parte de los alumnos del colegio en el que estudiaba todos los mencionados tenían en su poder la foto. La Sala consideró que no puede subsumirse este caso en el delito de descubrimiento y revelación de

⁴⁹⁹ MENDO ESTRELLA, Álvaro, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: Acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, ISSN 1695-0194, RECPC 18-16, 2016, p.11.

⁵⁰⁰ SAP Lleida, 25 de febrero de 2004, ARP 2002, 636.

⁵⁰¹ Audiencia Provincial de Granada, 15 de junio de 2014.

secretos, argumentando lo siguiente: “las conductas que recoge el citado artículo 197 del Código penal, exigen, con carácter general, un acceso inconsentido al secreto. Pues bien, en el supuesto de autos cobra mi hubo acceso por cuanto los acusados lo que hicieron fue recibir, y no acceder, a un mensaje de imagen, ni cabe hablar de no consentimiento cuanto lo que desencadena la difusión en cascada del mensaje es un acto previo de la menor que es su remisión al teléfono móvil de chico con el que mantenía una relación”⁵⁰².

Respecto de la hipótesis C), una Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 18 de septiembre de 2014 conoció del caso en que el acusado había grabado, con consentimiento de la denunciante, diversos encuentros cibersexuales mantenidos con aquella a través *Skype*. Al deteriorarse la relación entre ambos, el acusado decidió atentar contra su intimidad dando a conocer a terceros, a través de un correo electrónico masivo, un gran número de aquellos encuentros. La Sala consideró, una vez más, que no puede calificarse tales hechos como un delito contra la intimidad del art. 197 pues no hubo un acceso y sí había consentimiento para captar tales imágenes, con idéntico argumento del caso anterior⁵⁰³.

Como puede apreciarse, hasta ese momento, la jurisprudencia descarta que estos comportamientos constituyan un delito contra la

⁵⁰² Audiencia Provincial de Granada, 15 de junio de 2014.

⁵⁰³ Audiencia Provincial de Granada, 15 de junio de 2014.

intimidad; por el hecho de haber consentido la víctima la grabación de las imágenes reenviadas o haber sido ella misma quien la produjo y envió al destinatario, aunque no consintiera expresamente su difusión a terceros, pudiendo a lo sumo, ser constitutivos de un delito de injurias grados o leves según las circunstancias del caso⁵⁰⁴.

Dentro de las posiciones doctrinales que rechaza calificar la conducta en estudio como delito contra la intimidad del artículo 197 del Código penal, se ha considerado que en los casos de una difusión o distribución no consentida a terceros de imágenes y fotografías, no concurre un apoderamiento ilícito dado que es una comunicación libre del emisor que, desde el momento en que transmite los contenidos sexuales, se despoja libremente de una parte de su intimidad.

En el caso de difusión a terceros de contenidos sexuales, el ánimo de humillar a la víctima es consustancial a la mirada indiscreta de terceros, de forma que el delito de injurias actuaría como un tipo residual, en la medida que encarna una forma subsidiaria de todos los delitos en que existe como modalidad de comportamiento contra el mismo bien jurídico protegido, que

⁵⁰⁴ Los casos expuestos y las diferentes posiciones doctrinales fueron analizadas por MENDO ESTRELLA, Álvaro, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, ISSN 1695-0194, artículos RECPC 18-16 (2016).

entra en juego cuando no existe un tipo legal que absorba el desvalor específico de la conducta⁵⁰⁵.

Las posturas que rechazan la relevancia penal de esta modalidad se basan en la imposibilidad de referirse a un delito contra la intimidad, pues las imágenes difundidas han sido captadas con el consentimiento de los afectados lícitamente; a lo sumo se debería verificar un delito contra el honor⁵⁰⁶.

Pero también se basan estas posturas en la irresponsabilidad e inconciencia que supone el que cuando un sujeto produce y envía las fotos o videos, expone gravemente su intimidad, colocando material ciertamente sensible en manos de un tercero. Entonces cabe preguntar: ¿merece esta confianza del emisor el aval del Derecho penal, el instrumento más contundente para salvaguardar el orden público, entendiendo que el propio afectado es responsable directo del daño sufrido, desde el momento en que reveló a un tercero aspectos muy sensibles de su intimidad?⁵⁰⁷.

Existen posiciones jurisprudenciales partidarias de tipificar estas conductas como delito de descubrimiento y revelación de secretos.

⁵⁰⁵ COMES RAGA, Ignacio, *La protección penal de la intimidad a través de la difusión inconserntida de sexting ajeno*, La Ley penal nº. 105, ISSN 1697-5758, Nº. 105, 2013, pp. 2/3.

⁵⁰⁶ PUENTE ABA, Luz María, *Difusión de imágenes ajenas en Internet, ante que delito nos encontramos?*, en CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, ORTS BERENGUER, Enrique (Directores), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del Prof. Tomás S. Vives Antón*, tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1544 ss.

⁵⁰⁷ MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión del sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, Derecom, diciembre-febrero, 2013, pp. 2 s.

Son pocas las decisiones jurisprudenciales que califican la difusión de imágenes sexuales como constitutivas de un delito de descubrimiento y de revelación de secretos cuando las imágenes fueron transmitidas voluntariamente por el mismo perjudicado al difusor o ha consentido aquel su grabación.

No obstante, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 2 de febrero de 2012⁵⁰⁸, supone un punto de inflexión en el tratamiento de estos comportamientos, al manifestar lo siguiente: “concurren los elementos del tipo penal disputado (artículo 197. 2 y 3), ya que se trata de fotos hechas en la intimidad de la pareja que el acusado, tras romper su relación con la perjudicada, colgó en un portal de Internet, concretamente en la red social *Tuenti*, siendo evidente el perjuicio causado a la misma toda vez que aparece semidesnuda, permitiendo que pudiera ser observadas e incluso descargadas por toda persona que accediera a dicho portal”.

Es claro que, tras la reforma operada en el Código penal español por la ley orgánica 1/2015 del 30 de marzo, el supuesto planteado, es decir, en el que A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B con consentimiento de A y reenviados por B a C sin consentimiento de A, encaja sin inconvenientes en la conducta tipificada en el apartado

⁵⁰⁸ Audiencia Provincial de Alicante, 2 de febrero de 2012.

séptimo del artículo 197 del Código penal, a pesar de que la víctima consintió libremente la grabación de las imágenes.

Sin embargo, este precepto no daría respuesta a la hipótesis C), como el supuesto en que un tercero que recibe la imagen por parte de alguno de los protagonistas, a su vez, la reenvía a otros, pues el artículo 197.7 alude a las imágenes que haya obtenido el autor de la difusión con anuencia de la víctima en su domicilio o en lugares fuera del alcance de la vista de terceras personas, lo que no será el caso pues las habrá obtenido tras el envío por parte de uno de los protagonistas de las mismas.

En el supuesto D), sería posible la calificación como delito de descubrimiento y revelación de secretos, el supuesto en el que A y B protagonizan actos de contenido sexual que son grabados por B sin consentimiento de A y reenviados por B a C sin consentimiento de A. Es decir que, en este caso, la falta de consentimiento implica que se están utilizando “artificios técnicos de grabación de la imagen” (197.1) que luego, se difunden a terceros (197.3)⁵⁰⁹.

Tal calificación sería susceptible de algunas objeciones.

En primer lugar, la doctrina del despojo de la intimidad o de la intimidad compartida, no puede ser aceptada en todos los casos, como de hecho no lo está siendo en los supuestos de grabaciones de imágenes que

⁵⁰⁹ MENDO ESTRELLA, Álvaro, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2016, p. 17.

afecta a esferas del núcleo duro de intimidad, como es el perteneciente a las relaciones sexuales. No ha sido ese el criterio seguido en los supuestos de grabación de imágenes, pues si quien graba es la pareja en la actividad íntima desarrollada y posteriormente difunde, sí se considera su responsabilidad penal del delito. Prueba de ello es el tenor literal previsto en el actual artículo 197.7 CP.

En segundo lugar, la mención en el artículo 197.1 CP relativa a “vulnerar la intimidad de otro” autoriza a pensar que es necesario que, en el momento de la grabación de las imágenes por B, éste tenga la intención de vulnerar la intimidad de su pareja A⁵¹⁰.

En este sentido, se ha señalado señala que “estamos ante un delito sólo punible en su modalidad dolosa, en el que, además, las intenciones específicas del sujeto desempeñan un papel decisivo, pues el apoderamiento o la intromisión deben realizarse para descubrirlos los secretos o vulnerar la intimidad”⁵¹¹.

⁵¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, del 25/2/2004 afirma: “es preciso el elemento subjetivo de lo injusto consistente en la intención del sujeto activo de vulnerar la intimidad del sujeto pasivo, pero tal intención ha de concurrir en el momento de realizar la acción típica”.

⁵¹¹ CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen la inviolabilidad del domicilio*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, 3ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2015, p. 141.

Sin embargo, en la doctrina no todos los autores concuerdan sobre la necesidad de la exigencia de la intencionalidad en el momento de la comisión de delito.

Así, se afirma que “no parece que el tipo básico de los artículos 197.1 y 4 sea portador de elementos subjetivos del injusto. La intención del sujeto de distribuir a terceros los contenidos íntimos podrá estar presente en el momento de acceder a los mismos o nacer en un momento ulterior, en que motivos de rencor, odio o venganza le empujen a reenviarnos a terceros”⁵¹².

Cabe en suma estimar que el supuesto en que las imágenes han sido obtenidas sin el consentimiento del protagonista encaja sin problemas en los delitos contra la intimidad en su modalidad de descubrimiento y revelación de secretos (197.3 y 197.1).

Tras la reforma del Código penal operada por la Ley orgánica 1/2015 del 30 de marzo, el supuesto de difusión consentida de imágenes sexuales en el que ha habido consentimiento en la grabación de aquellas, tomadas en cualquier lugar fuera de la mirada de tercero, está claramente penada en el artículo 197.7 (supuesto C).

Lo cierto es que no hay duda de que, cuando hay consentimiento en la grabación de las imágenes o éstas son producidas por la víctima y

⁵¹² COMES RAGA, Ignacio, *La protección penal de la intimidad a través de la difusión in consentida de sexting ajeno*, La Ley penal nº. 105, ISSN 1697-5758, Nº. 105, 2013 , pp. 2/3.

enviadas voluntariamente al tercero, pero no existe consentimiento es difusión, tal conducta es subsumible, con la nueva redacción, en el art. 197.7 CP.

Me decanto a favor de otorgar una respuesta penal a estos supuestos cuando el protagonista ha producido o consentido la grabación de imágenes, pues principios básicos y fundamentales del Derecho penal moderno determinan la exclusiva protección de bienes jurídicos frente a los ataques más graves: la importancia de la intimidad es fundamental aun con anuencia en la grabación de las imágenes, sólo podemos negar el grave ataque a la intimidad desde posturas alejadas de la realidad social. La posibilidad de difusión de dichas imágenes con el uso de las nuevas tecnologías (redes sociales, correo electrónico, aplicaciones móviles) incrementa considerablemente e indiscutiblemente sensible la afectación a la intimidad.

La presencia del consentimiento en la grabación de las imágenes por parte de la víctima o la producción por ella de las imágenes puede, teniendo en cuenta el ámbito de privacidad en el que fueron tomadas, ser más explícitas, y por ende, más lesivas a su intimidad cuando la difusión es in consentida. Bajo ningún punto de vista, consentir la toma de imágenes implica su extensión a la difusión de éstas.

En consecuencia, si el sujeto pasivo ha sentido atacada su intimidad con la difusión de esas imágenes y no ha consentido tal publicidad, es

coherente entender afectada la intimidad aunque hubiera consentido su grabación, y por ende reclamar la tutela penal, frente a la difusión inconsentida, si se hubiera consentido la grabación o facilitado las imágenes a un tercero que después lleva a cabo la realización del acto de la difusión sin consentimiento.

CAPÍTULO IX

ITER CRIMINIS

I.- Fase interna del delito

El delito nace, vive y muere. Esa vida del delito se conoce con el nombre de *iter criminis*. Ese camino abarca todas las fases de realización del delito, el transcurso desde el momento en que nace en la mente del autor hasta el instante en que se consuma. Desde un punto de vista naturalístico, el *iter criminis* está conformado por una fase interna y una fase externa⁵¹³.

La fase interna comprende los actos mentales de voluntad interna, que pertenecen a la psique del autor, por lo que solamente pueden tener un significado moral. Estos actos representan la ideación del delito, siendo irrelevante a efectos penales; no pudiéndose ocupar el Derecho penal del pensamiento, que no delinque. La fase externa, al inicio de las fases del *iter criminis* que poseen trascendencia jurídico-penal, está representada por la manifestación social de la voluntad personal. La voluntad personal trasciende las barreras mentales de psiquismo humano, alcanzando significación social configurando el ámbito de las expectativas sociales penalmente relevantes⁵¹⁴.

⁵¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 237 y ss.

⁵¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pp. 237 y ss.

II.- Actos preparatorios

Dentro de los actos externos, se pueden distinguir dos niveles de actuación: el de los actos preparatorios y el de los actos ejecutivos del delito.

Los *actos preparatorios* de una posterior ejecución delictiva son, por regla general, irrelevantes e impunes; exceptuándose algunos delitos concretos que, por razones de política criminal, el legislador decidió adelantar la necesidad de punición a los actos de preparación delictiva (conspiración, proposición, provocación, apología). Los preparatorios del delito son actos exteriores que consisten en la preparación -y no en la ejecución- de un hecho delictivo.

Si el autor recibe las fotografías y videos íntimos que fueron tomados con anuencia de la víctima, y observa, guarda y piensa con quien o quienes podrían compartirlas, pero no lo lleva a cabo, aquellos actos conforman tan solo actos preparatorios de la conducta que posteriormente el sujeto va a exteriorizar cuando proceda efectivamente a la difusión.

III.- Tentativa

Los *actos ejecutivos* de la acción delictiva comprenden la consumación y la tentativa, es decir, la plena realización objetiva y subjetiva del delito con causación del resultado típico de lesión del bien jurídico -el autor recibe el material íntimo y lo difunde inmediatamente a sus contactos- y la ejecución del delito sin producción del resultado típico por causa independiente de la voluntad del sujeto -el autor recibe el material íntimo y, al momento que se dispone a efectuar la difusión, un corte de luz generalizado afecta gravemente la zona de su residencia, razón por la cual, por circunstancias ajenas a su voluntad, no logra consumir el hecho tal como tenía decidido hacer-.

El Código penal del año 1995 regula las dos fases de ejecución delictiva: la consumación y la tentativa. La *tentativa* se prevé en el artículo 16 CP que dispone: “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente debería producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

La tentativa empieza donde se acaba el acto preparatorio, y la consumación empieza donde acaba la tentativa.

Hay tentativa cuando el autor, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad⁵¹⁵. Este concepto común a los casos en que, a pesar de la falta de consumación del delito, La acción era adecuada para alcanzarla (tentativa idónea) y a los casos en que la acción carece de aptitud para alcanzar la consumación (tentativa inidónea)⁵¹⁶.

La tentativa inidónea es absolutamente irrelevante para el Derecho penal. Ejemplo de una tentativa inidónea en el tipo penal en estudio es el caso de la persona que recibe las imágenes o videos íntimos por parte de la víctima y, en el momento que se dispone a difundirlas por la red social cuya utilización sería la que le ocasionaría más daño a la víctima pues es la frecuentada por sus conocidos, advierte que ya no funciona en Internet pues la compañía ha fundido. Existe una inidoneidad manifiesta e irreparable en el medio que se ha intentado utilizar para consumir la conducta ideada, pues esa red social por la que se disponía el autor a publicar el material íntimo, no existe más.

Sin embargo, la tentativa idónea es la que adquirirá relevancia penal si, en función del contexto social concreto, crea un peligro no permitido para el bien jurídico, adquiriendo el sentido de acto delictivo. Por ello, el

⁵¹⁵ STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal Parte general I, El hecho punible*, 4ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 330 y ss.

⁵¹⁶ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 463 y ss.

peligro no se ha de valorar ni *ex post* ni *ex ante*, sino exactamente en el *momento* de la realización de la conducta⁵¹⁷.

Ejemplo de ello es constituido por la imposibilidad material de difundir las imágenes o videos íntimos a causa del corte de luz. Valorada la situación en el preciso momento en que el autor se disponía a publicar las imágenes, el corte de luz -momentáneo- impidió que lo consumara. No porque el autor no haya tenido voluntad de consumarlo, sino porque una causa externa a su voluntad lo impidió.

La tentativa constituye la realización de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor.

IV.- Consumación

La consumación conforma el acto ejecutivo perfecto o acabado. El tipo penal queda realizado totalmente cuando se consuma su ejecución. La consumación habrá verificarse en cada caso concreto.

El acto ejecutivo de la consumación requiere la realización típica de todos los elementos del tipo con la producción acabada -ya sea de lesión o de peligro-, más el resultado material, si el tipo lo exigiere.

⁵¹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 237 y ss.

Se ha indicado⁵¹⁸ que un hecho punible tiene distintas etapas de realización, y es preciso delimitar en qué momento el autor ingresa en el límite mismo de lo punible y cuando se ha alcanzado la etapa que permite llegar a la punibilidad prevista:

Ideación: se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que será meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo.

Ejemplo de ello representa el supuesto en que el autor capta fotografías íntimas de su pareja, e internamente, elabora el plan de su accionar, proponiéndose fines determinados -difundirlas-, y los medios que utilizará para alcanzarlo -redes sociales-.

Preparación: es el proceso por el cual el autor se procura los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin. Un ejemplo claro es comenzar a interactuar en las redes sociales a través de las cuales, próximamente, publicará o difundirá las imágenes íntimas.

Ejecución: es la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan; resultando las zonas correspondientes a la preparación y ejecución de difícil determinación. Dentro de la ejecución se distinguen dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término todavía a su plan (tentativa inacabada), y otro en el que ya ha realizado todo cuanto

⁵¹⁸ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, Ed. Hammurabi, José Luis Depalma, 2ª. edición, Madrid, 1999, pp. 472 y ss.

se requiere según su plan para la consumación (tentativa acabada). Me remito a los ejemplod brindados más arriba, en los que se diferencia la tentativa idónea e inidónea, por ineptitud de los medios que pretendía utilizar el autor para cometer el delito.

Consumación: es la realización de todos los elementos del tipo objetivo a través de los medios utilizados por el autor, quien captó las imágenes íntimas de su pareja, las seleccionó cuidadosamente, y las cedió, publicó o difundió a través de las redes sociales, o grupos de telefonía móvil.

De estas etapas sólo pertenecen al ámbito de lo punible las de ejecución de tentativa y consumación, resultando penalmente irrelevantes la ideación y la preparación.

La doctrina tradicional ha recurrido a criterios que permiten fijar el comienzo de ejecución desde una perspectiva *objetiva*, desde una *subjetiva* o recurriendo a *criterios mixtos*; requiriendo así a una determinada cercanía de los actos con la acción ejecutiva del delito al peligro corrido por el bien jurídico (punto de vista objetivo), o bien, se ha intentado apoyar la decisión en el propio juicio del autor (puntos de vista subjetivos basados en el plan del autor)⁵¹⁹.

⁵¹⁹ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, Ed. Hammurabi, José Luis Depalma, 2ª. edición, Madrid, 1999, pp. 472 y ss.

La improbabilidad de lograr una fórmula general ha conducido, en las tendencias más modernas, a la elaboración de un catálogo de criterios orientadores de la decisión⁵²⁰.

En este sentido, JAKOBS distingue⁵²¹ entre criterios obligatorios o negativos y criterios variables o positivos.

A los criterios *negativos* pertenecen los siguientes:

a) No será de apreciar comienzo de ejecución, cuando la situación, según la representación del autor, no sea cercana a la consumación. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, aunque la ley diga que los actos ejecutivos deben dar comienzo directamente a la ejecución, ello no puede entenderse como ausencia de toda fase intermedia⁵²². En efecto, la persona que deja en el escritorio de su computadora, preparado para el envío, una carpeta con archivos de imágenes y videos íntimos para que un tercero inocente -caso de autoría mediata- solo deba presionar *send*, da comienzo a la ejecución pues su acción es cercana a la consumación, aunque no lo sea desde un punto de vista temporal o espacial.

b) Los comportamientos socialmente habituales para el ejercicio de un derecho o considerados un uso social habitual no constituye comienzo

⁵²⁰ JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 729 y ss., citado por BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, ob. cit., p. 474.

⁵²¹ JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 474.

⁵²² MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., p. 340.

de ejecución. Por ello se debe excluir del ámbito de la punibilidad acciones tales como dirigirse al lugar del hecho, ingresar en un lugar público, etc.

Los criterios de decisión *positivos* se concretan de la siguiente forma⁵²³:

a) Se requiere una cierta cercanía temporal con la acción típica misma.

b) El comienzo de ejecución se debe admitir cuando el autor se introduce en la esfera de protección de la víctima o actúa sobre el objeto de protección. Por ejemplo, cuando el autor tiene en sus manos las fotos íntimas que ha decidido difundir en ese momento por medio de Internet.

La jurisprudencia más reciente tiende a exigir una mayor cercanía entre la acción realizada y la consumación. Es decir: si una persona recepta imágenes íntimas de su pareja, debe existir una cercanía temporal entre la acción típica realizada y su consumación materializada a través de la cesión, publicación o difusión de aquéllas, con la irrogación del consiguiente perjuicio a la víctima en la esfera de la protección penal, a efectos de apreciar la consumación delictiva.

⁵²³ JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 729 y ss., citado por BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal*, ob. cit., p. 474.

CAPÍTULO X

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I.- Sistema legal

Para la determinación de la autoría y la participación el Código penal español acoge un sistema bipartito. El artículo 27 CP dispone:

“Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices”.

El artículo 28 CP se refiere a la autoría y contiene varias categorías de autor:

“Son autores quienes realizar el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro de que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) los que induce directamente a otro u otros a ejecutarlo

b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

El artículo 29 regula la complicidad en los siguientes términos:

“Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

El sistema bipartito que acoge el Código penal contiene dos estadios principales (autoría y complicidad), y otras varias figuras que se incorpora dentro de la autoría: como la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata; pero también otras figuras extensivas recogidas bajo la misma expresión que incorpora a la inducción y la cooperación necesaria; las que, según la doctrina, son formas de participación y no de autoría; queriendo el

legislador equipararlas a la autoría, mediante un criterio de asimilación conceptual -también serán considerados- y de identificación de pena -los inductores y los cooperadores necesarios son sancionados exactamente igual que los autores-.

Sin embargo, la adopción de este concepto extensivo de autor y complicidad es cuestionable, pues no distingue nítidamente la autoría de la participación delictiva, y la equiparación de las formas extensivas de la autoría a las formas originarias puede dar lugar algo idéntico tratamiento punitivo que quizá pueda resultar desigualdad⁵²⁴.

II.- Intervención delictiva

La terminología tradicional de autoría y participación ha quedado obsoleta, en la medida en que estos dos conceptos se mantienen demasiado apegados a criterios ontológicos: es técnicamente más correcto aludir a los diferentes grados de responsabilidad penal con el término de intervención delictiva.

La intervención alude a la vinculación jurídico-penal entre un sujeto responsable y un acto penalmente relevante, ocupándose de quién responde, cómo responde y por qué responde penalmente por intervención

⁵²⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 256.

delictiva. La dogmática de las formas de participación se ha desarrollado sin la convicción de una diferenciación plausible de las mismas⁵²⁵.

En este sentido, son de recordar las palabras de VON LISZT, reiteradas durante más de medio siglo en las sucesivas ediciones de su Tratado⁵²⁶: “Si pudiéramos desarrollar consecuentemente el único principio teóricamente correcto, según el cual todo el que ha puesto una condición para la producción del resultado en forma culpable debe ser responsable de este como causante del mismo, entonces autoría y causación serían conceptos idénticos, la teoría de la participación no tendría lugar, o solo tendría una posición subordinada, en el sistema del Derecho penal. Pero el Derecho positivo ha quebrado este principio con una excepción muy importante”.

Las dudas surgidas por este planteamiento⁵²⁷ no se disiparon con el abandono de la concepción estrictamente naturalista de la autoría cuando el concepto puramente causal fue reemplazado por la idea de la acción que lesione un bien jurídico típicamente protegido.

ROXIN señala al respecto, con su clásica expresión, lo siguiente: “Autor es la figura central del proceso de actuación concreto”⁵²⁸.

⁵²⁵ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., pp. 487 y ss.

⁵²⁶ VON LISZT, Franz, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 1881, pp. 146 y ss.; Liszt-Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª. ed., 1932, p. 320.

⁵²⁷ Cfr. ALLFELD, Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 1934, p. 206; MAYER, Max Ernst, *Der Causalzusammenhang Handlung und Erfolg im Strafrecht*, 1899, pp. 108 y ss.

⁵²⁸ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4ª ed., pp. 25 y ss. En la traducción de la 7ª edición, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ de Murillo, José Luis, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona,

En este sentido, se puede afirmar que el dominio del hecho se manifiesta en el dominio de la propia acción, que no se pierde ni por la coacción ni por las circunstancias que excluyen la culpabilidad, ni en los casos de instrumentalización de un tercero, ya sea por coacción, error o incapacidad de culpabilidad, y aún en los casos de aparatos de poder. También hay dominio del hecho en los casos de autoría funcional, que se da en casos en que varios autores dirigen el hecho y que cada uno depende del otro; es un dominio condicionado al actuar del plan global⁵²⁹.

La distinción que efectúa ROXIN entre delitos de *dominio* y delitos de *deber* es también desarrollada por JAKOBS, quien distingue entre delitos derivados de una competencia por *organización* y delitos derivados de una competencia por *institución*. Esta distinción gira en torno del ámbito de *competencia personal* del autor⁵³⁰.

El autor no es, según esta concepción, un sujeto que realiza una modificación en el mundo exterior, sino un sujeto competente que es titular y destinatario de derechos y deberes, razón por la cual le corresponderá la gestión de un concreto ámbito de competencia en función de su rol.

1998, p. 44, lo traducen como “el autor como figura central del acontecer en forma de acción”.

⁵²⁹ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4ª ed., p. 305.

⁵³⁰ JAKOBS, Günther, *La relevancia el dominio del acto para la determinación de la participación*, Ponencia presentada en la Universidad de Sevilla, ob. cit., 2014; *Derecho penal, Parte general*, ob. cit., apartado 21 y ss., §§ 7.7 y ss., cit. en DONNA, Edgardo, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit. pp. 355 y ss.

Por su parte, JAKOBS⁵³¹ ha precisado un concepto de autor que se opone a la teoría del dominio del hecho. Parte de la idea de autorresponsabilidad, esto es, que cada uno ha de responder de las consecuencias de su comportamiento y, para esto, es determinante el rol que esta persona ocupa. De esto se deduce que debe excluirse la imputación de aquellos hechos que un tercero extiende arbitrariamente del acontecimiento del que por el rol responde el primero.

En la participación se trata de una conducta pre-ordenada, de manera que sea una continuación de una cosa del autor. Existe un reparto de trabajo, que tiene exigencias propias⁵³².

Sin embargo, los partícipes responderán no solamente por sus prestaciones, sino por el impulso del acontecimiento, en la medida en que han hecho posible un determinado comportamiento del receptor de la prestación. La pregunta clave es determinar cuándo se está ante un trabajo aislado y cuando ante un trabajo coordinado. El partícipe se encuentra conectado con el ulterior agente cuando y en la medida en que es su aporte no sólo posibilita, sino que aporta la relevancia objetiva para la ejecución de ese comportamiento. Cuando el partícipe se encuentra en un determinado contexto puede incidir de modo comprensible objetivamente,

⁵³¹ JAKOBS, *La relevancia el dominio del acto para la determinación de la participación*, ponencia presentada en la Universidad de Sevilla, ob. cit., 2014; *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., apartado 21 y ss., §§ 7.7 y ss., cit. en DONNA, Edgardo, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit. pp. 355 y ss.

⁵³² JAKOBS, Günther, ob. cit., pp. 355 y ss.

en lo cual su contribución pertenece al contexto del comportamiento general. De esta manera, un distanciamiento del contexto delictivo presupone condiciones más o menos usuales, esto es que cada uno asuma su rol propio y deje a los demás el suyo⁵³³.

Ahora bien, hay contribuciones que si bien no están prohibidas, comportan el peligro de la continuación de una acción delictiva, y quien aporta una ayuda en este caso queda comprometido en comunidad con el ejecutor. Por ende, se puede afirmar que el partícipe responde penalmente porque la ejecución, a través de una división vinculante del trabajo, Es también una ejecución suya⁵³⁴.

En consecuencia, es el colectivo el que domina la ejecución. El cumplimiento del ámbito es precisamente la ejecución del acto y, por ende, es también ejecución de aquellos que han configurado el ámbito, como una obra de teatro en la que participan el director, los decoradores, etcétera.

Para JAKOBS, el dominio del acto es una cuestión de cantidad de la participación. Hay un más y un menos de dominio del acto de los partícipes, pero de ninguna manera una separación entre partícipes con dominio del acto Y partícipes sin dominio del acto. De manera que la separación entre autoría y participación, sólo representa una ordenación de

⁵³³ JAKOBS, Günther, *La relevancia el dominio del acto para la determinación de la participación*, ponencia presentada en la Universidad de Sevilla, ob. cit., 2014; *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., apartado 21 y ss., §§ 7.7 y ss., cit. en DONNA, Edgardo, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit. pp. 355 y ss.

⁵³⁴ JAKOBS, Günther, ob. cit., pp. 355 y ss.

cuotas entre autoría y cooperación, en las cuales los caracteres esenciales los tiene el autor y el aspecto accesorio el partícipe. Por ende, el dominio del acto lo tienen todos, unos poco y otros mucho⁵³⁵.

Por eso, todo partícipe ha de responder no por lo configurado por él mismo, si no por la comunidad con otros establecida a través de la configuración, lo que equivale a la ejecución de la realización del tipo pero según su mayor o menor intensidad de su aportación⁵³⁶.

El rol cumple un triple cometido: fija o delimita un determinado ámbito de competencia personal (el sujeto no será responsable de todo lo que acontece en la sociedad, sino sólo del ámbito de incumbencia delimitado por sus derechos y deberes); el rol da la medida de la propia responsabilidad (en tanto que el sujeto responde en la medida y en la justa proporción en que infringe su rol); y finalmente, el rol representa el límite de la propia responsabilidad, es decir que el sujeto responderá únicamente por la infracción de un deber propio, inherente a su propio rol, pero nunca de la infracción de un deber ajeno, excedente de su propio ámbito de competencia⁵³⁷.

⁵³⁵ JAKOBS, Günther, *La relevancia el dominio del acto para la determinación de la participación*, ponencia presentada en la Universidad de Sevilla, ob., cit., 2014; *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., apartado 21 y ss., §§ 7.7 y ss., cit. en DONNA, Edgardo, *Derecho penal, Parte general*, ob. cit. pp. 355 y ss.

⁵³⁶ JAKOBS, Günther, ob. cit., pp. 355 y ss.

⁵³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 259.

Se ha indicado que la autoría no depende ni de la configuración típica -como en el concepto restrictivo de autor-, ni de lo que el autor pretenda- como en las doctrinas subjetivistas-, ni del dominio que el sujeto tenga -como en la doctrina del dominio del hecho-. Se trata de una cuestión netamente normativista, en la que la responsabilidad penal resulta idéntica para cada interviniente. La diferencia entre autor y partícipes no es cualitativa sino cuantitativa. El autor es el sujeto responsable que infringe la norma y a quien resulta imputable la perturbación social en que consiste el delito⁵³⁸. En este sentido, JAKOBS entiende que la autoría es un momento de la imputación. Presupuesto de la imputación es la infracción de un deber jurídico-penal y, en función de cual sea el deber infringido, así será la cuantía de su responsabilidad penal⁵³⁹.

Será autor en el caso en estudio quien, habiendo captado personalmente o recibido imágenes o videos íntimos, pertenecientes a una persona que consintió su producción, posteriormente las ceda, difunda o publique por cualquier medio electrónico, sin la anuencia de la afectada.

La *coautoría* existe cuando, según el plan de los intervinientes se distribuyen las aportaciones necesarias para su ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que personas

⁵³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 259.

⁵³⁹ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob., cit., p. 259.

no participantes de la ejecución codeterminan la configuración de esta o el que se lleve o no a cabo⁵⁴⁰.

El coautor es un autor, de modo que le corresponden todas las características del autor. Por eso debe tener el condominio del hecho y las calidades exigidas para el autor en los delitos especiales, así como los elementos objetivos del tipo ésa requieren en el tipo penal⁵⁴¹.

El elemento esencial de la coautoría es el co-dominio del hecho, caracterizado por ROXIN como un dominio funcional del hecho, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio derecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo⁵⁴².

Se ha señalado que la coautoría se fundamenta en tres requisitos⁵⁴³:

- La división de trabajo: los autores no hace todos exactamente lo mismo, sino que entre ellos existe una distribución de tareas.
- El acuerdo de voluntades: la doctrina exige además, un acuerdo previo de voluntades de varios sujetos para llevar a cabo un hecho: coordinando una coincidencia de voluntades, una resolución y un dolo común al hecho, sin que sea necesario un detallado plan previo.

⁵⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, ob. cit., 2ª ed., p. 730.

⁵⁴¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, ob. cit., 2ª ed., p. 745.

⁵⁴² BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires 1999, p. 501.

⁵⁴³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 265.

- Un dominio funcional del hecho: en el engranaje de la actuación conjunta cada uno de ellos representa una pieza fundamental para realizar el plan general, de manera que cada una de esas piezas domina la función que le corresponde asumir en la atención al reparto de tareas.

Esta tradicional explicación de la *coautoría* sobre la base de los tres requisitos mencionados no es satisfactoria para unos autores, aduciéndose que no cabe explicar la coautoría sobre la base del acuerdo de voluntades ni del dominio funcional derecho⁵⁴⁴.

El acuerdo previo presenta algunos problemas a la luz de elemento subjetivo; pues ¿qué sucede si uno de los sujetos que acordaron se excede del plan y resuelve algo diferente? Asimismo existen supuestos donde no hay acuerdo previo y sin embargo existe coautoría. Lo expuesto explica, entonces, que no hacen falta el elemento del acuerdo previo ni la resolución común hacia el hecho para explicar la coautoría; pues lo que realmente explica la coautoría es la vinculación normativa que, por aprovechamiento del sentido de un contexto delictivo, surge entre dos o más sujetos, como lo pone de manifiesto que exista coautoría, sin acuerdo previo, por utilización o por manipulación de una esfera de organización ajena⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 267 y ss.

⁵⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 267 y ss.

Por otra parte, el dominio funcional del hecho también es rechazable; pues ¿quién garantiza al coautor que los demás coautores van a cumplir su plan? Además, si cada uno hace su parte, entonces tendría que tener un dominio diferente, un dominio que no se puede referir al todo como delito, sino sólo a la parte que a cada uno le corresponda⁵⁴⁶.

En el tipo penal en estudio, habrá coautoría cuando dos o más personas comparten el dominio del hecho y obtienen las imágenes que, posteriormente, y sin autorización de la persona afectada, distribuyen, ceden o publican a través de los medios de comunicación e información. Ambos captan las imágenes y ambos las comparten con un número indeterminado de personas.

En la autoría mediata participan tres sujetos: el autor mediato, que es quien comete el delito utilizado a otro sujeto para ello, llamándosele hombre de atrás, pues maneja los hilos dentro del hecho delictivo; el instrumento, es el ejecutor material u hombre de adelante, no responsable; el sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido que resulta agredido.

JAKOBS señala que la autoría mediata no es más que una autoría directa disfrazada. La clave de la autoría mediata consiste en instrumentalizar al ejecutor, que no actuaba como sujeto responsable si no como una cosa: como mero transmisor de un sentido delictivo que, a él no

⁵⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pp. 267 y ss.

le incumbe, pues de lo contrario estaríamos frente a una coautoría. El autor mediato es el hombre de atrás, que dirige la realización del acto de manera objetiva. Al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de modo que excluye la imputación y de éste dificultar es responsable el autor mediato. La autoría mediata no es posible en la actuación plenamente delictiva, esto es dolosa y culpable del ejecutor⁵⁴⁷.

Es el caso de quien luego de captar las imágenes y videos íntimos, los guarda en un archivo y le solicita a su hijo menor de edad que, sin abrirlo, lo publique en las redes sociales. El autor de atrás es quien se vale de su hijo, que desconoce el contenido del archivo, para consumir la acción típica.

La inducción es una forma de participación, aunque por cuestiones político-criminales el legislador haya decidido equiparar, al inductor y al autor. En todo caso, ambos son intervinientes y el hecho de que su pena sea idéntica puede estar cuestionable dogmáticamente.

Según POLAINO-ORTS, *inducir* significa impulsar determinativamente a alguien a ejecutar un delito, creando en él la resolución *ex novo* de llevar a cabo tal acto que, de otro modo, no hubiera resultado ejecutar; debiendo ser eficaz y directa para que sea punible ha señalado⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, ob. cit., 2ª ed., p. 763.

⁵⁴⁸ POLAINO-ORTS, Miguel (en colaboración con POLAINO NAVARRETE, Miguel), *Intervención delictiva. Una exposición programática con casos fundamentales*, en Jorge Eduardo BUOMPADRE (Director), *Temas fundamentales de Dogmática penal y de*

Perfectamente puede darse el caso de que quien recibió las imágenes de contenido íntimo sea inducido por un tercero a difundirlas. Un ejemplo de ello es el de quien induce a otro, sin haber intervenido en la obtención de la imagen y antes de iniciar la transmisión, a la divulgación o sesión de los contenidos a otras personas.

Los *cooperadores necesarios* resultan equiparados al autor. La cooperación necesaria se distingue de la coautoría en cuanto el autor tiene el dominio funcional del derecho y el cooperador necesario, no.

Sin embargo, al respecto POLAINO-ORTS sostiene⁵⁴⁹ que no existe una diferencia material -objetiva- entre el cooperador necesario y el coautor: ambos son intervinientes, que infringen la norma y contribuyen, según el criterio de división del trabajo, con un aporte fundamental sin el cual el delito no existiría y ambos son sancionados de forma idéntica⁵⁵⁰.

La *complicidad* es una figura complementaria de la cooperación necesaria respecto de la cual es compleja su distinción.

En este sentido, será partícipe o cómplice necesario quien, sin haber intervenido en la obtención o captación de imágenes, y antes de iniciar la

Política criminal. Homenaje a los Profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete, Con·Texto, Resistencia, Chaco, República Argentina, 2013, pp. 189 ss.

⁵⁴⁹ POLAINO-ORTS, Miguel (en POLAINO NAVARRETE, Miguel), ob. cit., pp. 189 y ss.

⁵⁵⁰ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 272.

transmisión, cooperan con los autores en la divulgación o sesión de los contenidos a otras personas.

Además de los ejemplos brindados de autoría y sus diferentes grados de participación, es importante destacar situaciones especiales que, debido a las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, es factible reenviar en forma instantánea las imágenes o grabaciones a un número ilimitado de personas.

En ese sentido, deberá plantearse si el responsable criminal de esta conducta sería sólo quien habiendo obtenido directamente la imagen íntima la difunde después, sin contar con la autorización de la víctima, o también, todos aquellos que habiendo recibido dicha imagen o grabación como consecuencia del primer envío, o de una sucesión de ellos, las distribuyen a su vez a otras personas.

Hoy día encontramos otras definiciones que tienen en cuenta y añaden el componente sustancial de la redifusión a terceros y la falta de consentimiento por parte de la víctima, de las imágenes en esa difusión, lo cual imprime relevancia penal a este comportamiento en el que, el presunto autor posee el mensaje, la imagen o video ajeno de contenido sexual y lo difunde a terceros empleando tecnologías de la información y

comunicación, sin consentimiento del protagonista del mensaje, video o imagen⁵⁵¹.

Es común que las imágenes sean enviadas a una persona de confianza, y ésta, por lo general sin el consentimiento del emisor, la reenvía a otras personas y ellas, a su vez, las difunde por las redes sociales hacia un mundo desconocido de personas anónimas, que puedes utilizar esas imágenes con fines delictivos, ya sea para objetivos sexuales - pornografía infantil-, o por venganza por una relación culminada, o bien, por organizaciones criminales y trata de personas o para que las fotografías aparezcan en sitios dedicados a la pornografía.

La conducta en estudio tiene dos etapas: la primera comprender la extracción de fotografías íntimas recibidas voluntariamente a través de un dispositivo electrónico y el consentimiento del emisor; y un segundo momento, que abarca la recepción de las imágenes por destinatario y su difusión no consentida por la red.

El circuito de esta práctica sería el siguiente: una primera etapa que abarca a la captación de imágenes de contenido íntimo entre dos o más personas, pudiéndose tratar también de una *selfie*, que luego se envía por algún medio electrónico a otra persona -novio, pareja, amigo, etcétera-.

⁵⁵¹ MENDO ESTRELLA, Álvaro, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: Acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, ISSN 1695-0194, RECPC 18-16, 2016, pp. 4 y ss.

Esta es la modalidad de la práctica en sentido estricto. Pero también pueden derivarse otras formas de conducta cuya realización puede ser o no punible, según cuál sea la modalidad empleada por el autor. Por ejemplo, la difusión de las escenas íntimas sin autorización de la persona afectada, con la intención de subir la imagen a la red, o bien con la finalidad de humillar, con ánimo de venganza, o para extorsionar a la víctima *-sextorsion-*.

El tipo penal del artículo 197.7 C.E, se ha configurado como un delito especial propio del que únicamente sería autor quien, habiendo obtenido con la anuencia de la víctima la imagen o grabación comprometida, inicia, sin autorización del afectado, la cadena de difusión, cediendo o distribuyendo dichos contenidos íntimos a otros, ajenos inicialmente, a esa relación con la víctima y a la obtención de la imagen o grabación comprometida.

En consecuencia, la actuación de terceras personas que sin haber intervenido en la acción inicial antes descrita y recibe en un momento posterior los contenidos aludidos y los transmiten a otras personas distintas, provocan que esas conductas se reiten indefinidamente por una pluralidad de personas en razón de las posibilidades que ofrece la tecnología.

Dichos comportamientos sólo podría dar lugar a la utilización de los mecanismos previstos en la L.O. 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

No obstante, habría que valorar así la posibilidad de analizar un delito contra la integridad moral *ex* artículo 173.1 del Código penal respecto de quienes, siendo ajenos a la conducta del artículo 197.7 CP, realizan posteriores transmisiones a terceros de los contenidos comprometidos de que la difusión se está llevando a efecto sin contar con la autorización del afectado y que la misma puede menoscabar gravemente su integridad moral.

¿Qué ocurre con las terceras personas que, sin haber recibido el material digital por parte del protagonista, acceder al mismo y contribuyen a su difusión?

La respuesta dependerá de dos elementos: su conocimiento acerca de la difusión ilícita de ese material, y su contribución a la efectiva lesión de los derechos del afectado.

Si el tercero no conoce del origen ilícito de las imágenes, su conducta no realiza el tipo de injusto.

El contenido de carácter pornográfico que circula libremente por Internet es abundante, y quien lo recibe y procede a difundirlo no tiene por qué asegurarse del carácter legal de dichos contenidos.

Cuestión diferente será si el tercero conoce la falta de consentimiento del afectado, ya que entonces al difundirlo es consciente de que puede estar atentando contra los derechos de esa persona.

Si el primer emisor hace una difusión masiva de las imágenes digitales ajenas, es posible que ulteriores envíos ya no empeore la situación de protagonista-productor, en la medida en que las imágenes ya son públicas. Ahora bien, en el caso de que el primer emisor haya hecho una difusión muy limitada, o un simple reenvío a un tercero, si éste posteriormente realiza una difusión masiva o un reenvío viral, estará produciendo un menoscabo evidente en los derechos del protagonista⁵⁵².

En consecuencia, en cuanto a la persona que difunde será quien tomó la fotografía o filmó el video, o participó de esa producción, o bien, simplemente la recibió, de primera mano, de una persona afín -ex pareja, amante, amiga, etc.-.

En este sentido, es importante distinguir entre quien tiene la imagen originariamente y la publica de quien con posterioridad a recibirla por parte de primero, luego la difunde. Lo expuesto es importante a los efectos de dirimir la responsabilidad de los autores y los eventuales grados de participación en la difusión o la eximición de culpabilidad.

Entiendo que la figura no alcanza a terceros, pues la viralización de contenidos en la práctica provoca que muchas personas puedan volver a publicar o distribuir el material que recibieron y vieron.

⁵⁵² MARTÍNEZ OTERO, Juan María, ob. cit., p. 6.

Es, en este sentido, un *delito de propia mano*, pues lo importante es destacar que quien en primera instancia se hizo de esas imágenes o videos, tiene el vínculo de una previa relación con la víctima, y ellos son quienes quieren causarle un daño.

Los terceros que reciben el material con posterioridad, en cambio, seguramente no conocerán directamente a la víctima y su difusión se debe a otras cuestiones, por lo que deviene prudente la inclusión de una limitación autoral.

Al unirse la tenencia de las fotos o videos a su obtención con anuencia de la víctima y menciona su captación en un lugar fuera del alcance de terceros, de alguna forma limita la posibilidad de autoría primaria a quien tenía una relación directa con la víctima, es decir a quién le sacó la foto o participó en su confección, y no a terceros ajenos a la redacción.

Ahora bien, la expresión *hubiera obtenido* ¿incluye a quien la recibió por un medio de comunicación durante la relación?

En el caso de *Olvido Hormigos* analizado, ella misma fue quien emitió un video íntimo elaborado por ella misma a su amante.

Entiendo que quien elabora su propio video íntimo, erótico o sexual lo hace porque así lo desea, y luego lo comparte *únicamente* con quien tiene una relación; la posterior publicación es lo que ya no fue realizado con su anuencia.

Asimismo, optar por considerar partícipes a quienes recibe las imágenes o videos y las redistribuyen con posterioridad, sería imposible poder perseguir penalmente a todos y cada uno de los que vitalizaron ese material.

Si bien es cierto que estas personas no deberían compartir y publicar esas imágenes, tampoco resulta razonable responsabilizar a todos los usuarios de Internet, pues el elemento subjetivo es diferente al que difundió originariamente, quién, seguramente, actúe con dolo directo de humillar y dañar a la víctima al difundir masivamente el material íntimo.

En el caso de terceros, las personas que retransmiten este contenido podrán compartir en algunos casos ese ánimo pero, en muchos otros, actuarán por mera curiosidad o compartirán el contenido sin pensarlo e incluso muchas veces sin mirarlo.

En consecuencia, considero que la responsabilidad penal a los terceros no debe alcanzarlos, pero sí es necesario trabajar en serias políticas de prevención, brindando información acerca del alcance nocivo que implica estas publicaciones para toda persona.

CAPÍTULO XI

CONCURSO DE DELITOS Y DE LEYES PENALES

I.- Concurso de delitos

La legislación y la teoría distinguen entre los casos en que una sola acción realiza más de un tipo penal y los supuestos de ejecución de variadas acciones que realizan más de un tipo penal o más de una vez el mismo tipo penal.

Concurso ideal de delitos: unidad de acción y pluralidad de delitos.

Existe concurso ideal de delitos cuando el sujeto con la ejecución de una sola acción u omisión realiza simultáneamente más de un tipo penal. Es decir, con una sola conducta se comete una pluralidad de delitos. La penalidad prevista para el concurso ideal de delitos, conforme a lo establecido por el artículo 77 del Código penal, es la correspondiente al delito más grave en su mitad superior, pero siempre que dicha penalidad no supere a la que procedería imponer si se apreciara concurso real⁵⁵³. Así pues, habrá concurso ideal cuando un hecho constituye dos o más infracciones⁵⁵⁴.

Concurso real de delitos. Tiene lugar cuando un mismo sujeto ejecuta una pluralidad de acciones que constituyen una pluralidad de

⁵⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 289.

⁵⁵⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 8ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2006, p. 646.

infracciones penales independientes entre sí. Tal conjunción de varias infracciones delictivas presupone realización de diversas acciones por parte de autor. Las normas quebrantadas pueden ser diferentes si, o bien, puede tratarse de una misma norma violada en distintas ocasiones. La diferencia específica del presente supuesto con respecto al concurso ideal o formal de delitos, estriba en la unidad de acción del concurso ideal, en contraposición a la pluralidad de acciones que es exigida por el concurso real o material de delitos. La incriminación del concurso real de delitos responde al principio “*tantas acciones tantos delitos*”, que encuentra su correlativo punitivo en el axioma “*tantas penas cuantos delitos*” han sido cometidos⁵⁵⁵, que es sujeto a un complejo sistema de limitación jurídica de la penalidad máxima del concurso de delitos⁵⁵⁶.

En el tipo penal en estudio, puede ocurrir que la víctima fuera un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, y que concurra con los delitos sancionados en el artículo 189 del Código penal pues las imágenes obtenidas, y posteriormente difundidas, merezcan la consideración de material pornográfico.

En estos supuestos se produciría un concurso ideal entre el delito que se examina -197.7, párrafo segundo- y el 189.1 b) del Código penal, a penar de conformidad con el artículo 77.2 del Código penal, dado que la

⁵⁵⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Tomo II, 2ª. edición corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 289.

⁵⁵⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pp. 290 y ss.

acción ilícita no solamente lesiona la intimidad del afectado cuya imagen se difunde sin su autorización, sino que pone también en peligro la indemnidad sexual de los menores, como bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil⁵⁵⁷.

Asimismo, y a la vista de la definición del bien jurídico intimidad, así como de la estructura típica de cada uno de estos delitos, es fácil comprender que se trata de conductas que pueden entrar a concursar con otras conductas delictivas⁵⁵⁸.

Particularmente, podría concursar con las injurias como atentados contra el honor, el delito de trato degradante como atentado grave contra la integridad moral, y también podría hacerlo con el delito de lesiones psíquicas.

El delito de injurias consiste en la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación⁵⁵⁹.

En efecto, si a consecuencia del atentado contra la intimidad se produce la lesión de la dignidad de una persona, que puede ser tanto a

⁵⁵⁷ Circular 2/2017 Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica /2105 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daño informático, Madrid, 2017.

⁵⁵⁸ ACALE SÁNCHEZ, María, *Derecho penal, imagen e intimidad: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres*, Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª época, nº 10, 10 de julio de 2013, pp. 60.

⁵⁵⁹ FERNÁNDEZ PALMA, Rosa, *El delito de injurias*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 57 y ss.

quien pertenezca la imagen o a un tercero, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, habrá concurso con el delito de injurias.

Así por ejemplo, la difusión de imágenes relativas a la vida privada de la víctima, con la intención de que sea tenida públicamente como una mujer deshonrosa, es una conducta que, al margen de atentar contra su intimidad, atenta contra el bien jurídico honor⁵⁶⁰.

Asimismo, si a consecuencia de la violación a la intimidad se persigue y se consigue la humillación, puede existir un concurso con el delito de trato degradante.

También podrían darse casos de concurso de los delitos contra la intimidad y los delitos de lesiones, si como efecto de la violación de la intimidad, la víctima sufre una lesión psíquica que requiera para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico (uso de tranquilizantes, ansiolíticos y/o antidepresivos)⁵⁶¹.

En este sentido, se advierte una falta de concordancia jurisprudencial en el tratamiento de las lesiones psíquicas como consecuencia de otras

⁵⁶⁰ Véase la SAP de Lleida nº 90/2004, del 25/2/2004, que absolvió del delito contra la intimidad, pero castigó por injurias, valorando además a efectos de la pena, la publicación de los datos, pues el video de contenido sexual fue proyectado en los bares del pueblo (ARP 2004/636). *Vid.* también la SAP de Almería, Sección 1ª, nº 68/1998 de 22/6/1998 (ARP 1998/2648).

⁵⁶¹ ACALE SÁNCHEZ, María, *Derecho penal, imagen e intimidad: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres*, Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª Época, nº 10, 10 de julio de 2013, pp. 60 ss.

figuras delictivas: si bien cuando la lesión psíquica es consecuencia de un delito de acoso sexual se entiende que no cabe concurso de delitos, pues la afección a la salud psíquica ya está contenida dentro del atentado contra la libertad sexual⁵⁶², sin embargo, se ha admitido concurso entre el delito de lesiones psíquicas y el delito de trato degradante⁵⁶³.

Y todo ello, con independencia de que, a los efectos del cálculo de la responsabilidad civil, se valore el hecho de que “el conocimiento público de imágenes que atañen a la parcela más privada e íntima de una persona, su sexualidad, es evidente que ocasiona perjuicios de índole moral graves y consecuencias en la vida personal de los afectados⁵⁶⁴”.

En este sentido, el art.9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen establece: “La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través de que se haya producido”⁵⁶⁵.

⁵⁶² STS 1, 460/2003, 7 de noviembre, (RJ 2003/7.573).

⁵⁶³ STS, TOI. 2.007. 232/2010.

⁵⁶⁴ SAP de Islas Baleares nº 216/2011 de 13/10/2011 (JUR/2011/1/402016); SAP de Vizcaya nº 755/2011, de 13/10/2011 (JUR/2012/175469).

⁵⁶⁵ ACALE SÁNCHEZ, María, *Derecho penal, imagen e intimidad: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres*, Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª época, nº 10, 10 de julio de 2013, pp. 60 ss.

Si se valorará el medio producido, seguramente la extensión del daño moral será especialmente considerada, en razón de su impacto e implicancia de una conducta lesiva de la intimidad que se ejecuta a través de medios tecnológicos.

Justamente la perpetuidad de las imágenes o videos publicados sin consentimiento de la víctima, genera que el daño causado se extienda en razón de la materia y del tiempo. Seguramente, la víctima deberá sufrir por un tiempo muy prolongado el escarnio público, social, laboral y familiar. El daño deviene inmenso e incalculable.

II.- Concurso de leyes penales

En el concurso de leyes se prevén ciertos principios normativos para la selección de que atienda mas adecuadamente al tipo penal concretado y al bien jurídico lesionado.

El concurso de leyes penales contempla la hipótesis en que un comportamiento delictivo es, en principio, subsumible en varias normas penales, por constar en las mismas todos los elementos típicos de incriminación, debiendo optar por una de ellas.

Una misma acción simultáneamente no puede ser constitutiva de varios delitos (salvo el caso excepcional del concurso ideal de delitos, en

que una acción infringe varias leyes penales y lesiona los bienes jurídicos protegidos).

Ante la concurrencia de varias las leyes penales que unilateralmente comprenden un comportamiento típico, habrá que apreciar sólo el quebrantamiento de la norma prevalente, desestimando todas las demás leyes concurrentes, lo que se fijará conforme a los criterios normativos establecidos por la ley.

Los criterios normativos reconocidos para determinar la prioridad de la norma que por ser prevalente resulta aplicable son constituidos por los siguientes principios jurídicos:

Especialidad: determina la prioridad de una ley en virtud de la específica singularidad de los elementos típicos contenidos en una de ellas respecto de las demás. Los elementos típicos del caso en estudio, conformados por las conductas de cesión, publicación o difusión de fotografías íntimas de la víctima sin su anuencia, amén de haber consentido su captación, se subsume especialmente en el art. 197.7 C.E.

Subsidiaridad: establece un orden de prioridad conforme a su naturaleza primaria de una ley respecto de otras que son secundarias a la misma. Ejemplo la naturaleza penal del delito prioriza a la naturaleza contravencional en el caso que la conducta en estudia le cause a la víctima una actitud hostigante.

Consunción: indica la absorción del desvalor proclamada por una norma en el previsto por otra en la cual aquella es enteramente asumida. Ejemplo de ello sería la discriminación de la que es pasible la mujer queda absorbida por el difusión de su imagen íntima.

Alternatividad: postula la elección de una de las leyes concurrentes, quedando excluidas las otras, en función de la respectiva gravedad de las mismas. Se elige la calificación por revelación de material íntimo antes que por el trato denigrante que tal conducta implique.

CAPÍTULO XII

TIPOS AGRAVADOS

I.- Relación jurídico-familiar

El art.197.7 del Código penal agrava la pena en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

El legislador pretende hacer posible la respuesta penal ante determinadas conductas asociadas con frecuencia, aunque no necesariamente, a supuestos de ruptura en relaciones de pareja o de amistad, que se ven favorecidas por la potencialidad que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación para el copiado y difusión de imágenes y contenidos.

Este tipo de modalidades, que se detectan con relativa frecuencia, resultaban difícilmente subsumibles en la redacción previa a la reforma analizada, porque el tipo penal exigían que las imágenes o grabaciones audiovisuales que posteriormente iban a difundirse se hubieran obtenido sin consentimiento de la persona cuya intimidad resulta vulnerada.

Por el contrario, lo que caracteriza a los supuestos que nos ocupa es que las imágenes o grabaciones se obtienen con la anuencia de la persona afectada, sobre la base de una relación de confianza, disponiéndose luego

de ellas, en perjuicio de la víctima, muchas veces por motivos de venganza o despecho⁵⁶⁶.

La publicación de imágenes sexuales sin el consentimiento de la víctima, puede darse en un contexto de violencia sistemática, constituyendo un acontecimiento más en un ámbito de violencia constante del hombre hacia la mujer en su relación de pareja (hostigamientos, amenazas, golpes, persecuciones, control de mensajes telefónicos, acceso al celular sin permiso, publicación de imágenes íntimas sin anuencia, etc.).

Lo expuesto constituye un cuadro de violencia -moral-; situación que, sostenida en el tiempo, genera trastornos y efectos patógenos y duraderos en la psiquis de la víctima.

En consecuencia, no solamente se ejerce violencia contra la mujer a través de una agresión sexual, sino que también se pone en peligro su integridad sexual con modalidades que, si bien en muchos casos no implica el empleo de violencia física por parte de quien agrede, eso no los excluye de conformar el ámbito de casos de violencia contra la mujer, de situaciones de acoso a los que se encuentra sometida la mujer en su vida personal, ya sea en forma física, moral y con el agravante y alcance que brinda la tecnología digital.

⁵⁶⁶ Fiscalía General de Estado, Circular 3/2017, sobre la reforma del Código penal operada por la LO 1/ 2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, pp. 10 s.

Históricamente, la concepción de agresión sexual ha estado relacionada con los derechos de la mujer y su posición en la escala social; no se hubiera podido considerar violación una relación sexual forzada entre una sierva y su amo feudal y el amor cortesano estaba reducido a las damas de la nobleza, y para el resto de las mujeres el trato era diferente.

Se señala⁵⁶⁷ como claro ejemplo de ese paradigma de la vieja concepción de la sexualidad desde una perspectiva normativa el de la España del siglo XIX.

Durante mucho tiempo se consideró como sujeto activo de los delitos sexuales exclusivamente al hombre, en una cosmovisión fálica de la sexualidad y; el yacimiento sólo podía ser posible si el sujeto pasivo era la mujer.

Las cuestiones de género comienzan a ser consideradas en la década de los 90, debido a la atención de los medios de comunicación sobre ciertos casos que tuvieron enorme repercusión pública⁵⁶⁸.

Estos casos fueron el detonante de las nuevas leyes de género⁵⁶⁹, algunas de esas incluyeron medidas penales, como la ley orgánica 1/2004

⁵⁶⁷ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, ob. cit., pp. 34 y ss.

⁵⁶⁸ El caso de la granadina *Ana Orantes*, asesinada por su marido en 1997, luego de que ésta contará su dramática vida que malos tratos en un programa de televisión.

⁵⁶⁹ Ley 1 del 28 de diciembre de 2004, por medio de la cual se introdujeron importantes modificaciones al Código penal español, al incorporarse una serie de grabaciones de la pena en los delitos de lesiones, amenazas leves, coacciones leves y maltrato familiar, cuando el sujeto activo sea un hombre que esté o haya estado casado o unido sentimentalmente a la mujer víctima, incluso sin convivencia.

española, sobre la protección integral sobre violencia de género, y otras, que incorporaron diversos delitos al Código Penal, como ha ocurrido en América Latina.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada ley, las medidas penales contra los actos de violencia perpetrados contra las mujeres, adoptadas en la legislación española para lograr la igualdad entre los sexos, se plasmaron en la inclusión del delito de violencia doméstica, en el artículo 425 del Código penal⁵⁷⁰, cuyo texto incriminaba con la pena de arresto al que “habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre sus hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho”.

Más tarde, mediante la ley orgánica 1/2004, se reforzó la tutela de la mujer de sanciones penales para ciertos delitos cometidos por hombres con los que mantienen o han mantenido una relación afectiva, rompiendo de esta manera con los objetivos político criminales que han orientado las reformas de los últimos años en relación con la violencia doméstica y el maltrato habitual⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ El artículo 425 del Código penal español fue derogado mediante la ley orgánica 3/1989.

⁵⁷¹ GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La constitucionalidad de la ley orgánica 1/2004*, en CARBONELL MATEU, Juan Carlos (coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 485.

Podríamos dar muchos ejemplos de mujeres provenientes de muchos países que sufrieron constantes situaciones de violencia por parte de su marido durante los años de convivencia matrimonial, que les dejaron graves secuelas, en algunos casos, irreversibles.

Algunos de estos casos fueron tratados en los medios periodísticos y televisivos, lo cual fue determinante en la construcción de una legislación de género a la problemática global de la violencia contra la mujer.

El Derecho penal se involucró en la lucha contra la violencia hacia la mujer, provocando que los poderes públicos y las asociaciones de mujeres hayan depositado su confianza en el Derecho penal.

Lo expuesto representa la problemática de la agresión sexual violenta hacia la mujer, mediante la cual se coloca en serio peligro su integridad física, su vida, su integridad sexual, a través de la comisión de conductas que si bien en algunos casos no importan el empleo de violencia física por parte del agresor, no implica que eso no provoque una situación de violencia hacia la mujer.

Los distintos casos de acoso a que son sometidas las mujeres en su vida diaria y en su relación interpersonal, ya sea en forma física, material, o bien a través de los medios que brinda la tecnología digital, merecen especial atención del legislador penal.

Es importante efectuar una precisión terminológica sobre si violencia de género es violencia contra la mujer. La violencia de género es una

problemática en constante crecimiento que se ha extendido a todos los estratos de la sociedad, revirtiendo uno de los problemas más graves que enfrenta la actualidad. La violencia contra las mujeres no sólo importa una grave violación a los derechos humanos más básicos, sino que representa un obstáculo para conformar una sociedad que respete la igualdad ante la ley.

El ejercicio de la violencia, en sus más diversas manifestaciones, física, psicológica, económica, sexual, laboral, etc., como herramienta de poder y dominación, es parte de la historia.

Lo novedoso son los nuevos comportamientos que se materializan con el uso de herramientas tecnológicas modernas, las cuales le permite al agresor ampliar su imaginación para agredir a la víctima, lo que ha generado el interés en la sociedad moderna de protegerla, y ha despertado en los diferentes Estados la intención de garantizar el derecho de todas mujeres a vivir una vida sin violencia y sin discriminación, lo que implica la erradicación de la violencia de género, acudiendo al Derecho penal.

La violencia de género tiene, además de la caracterización binaria de sus protagonistas, hombre y mujer, un componente subjetivo, misógino, que es el que guía la conducta del autor: causar un daño por el hecho de ser mujer.

Lo expuesto nos lleva a concluir que no cualquier ejercicio de violencia contra una mujer es violencia de género, sino sólo aquella que se realiza contra una mujer por el hecho de pertenecer al género femenino.

Lo cierto es que las conductas que podrían encuadrar en la agravante señalada podrían tratarse de casos de parejas, matrimonios o convivientes, no siendo necesario que la relación exista al momento del hecho, el tipo abarca también la posibilidad de que se trate de relaciones pasadas que no subsisten a la fecha de la comisión de la conducta en cuestión.

La agravante tiene sentido en este tipo legal, pues el sujeto que publica la imagen o video íntimo de la víctima, tiene o tuvo una estrecha relación, entonces el alcance e impacto de esa publicación puede afectar profundamente si tienen hijos en común, amigos compartidos, y, seguramente el autor conocerá los ámbitos de la víctima donde seguramente dirigirá aquellas publicaciones a través de la utilización de los medios tecnológicos.

Claramente no es lo mismo que el hecho se cometa por un conocido ocasional que por la propia pareja de la víctima, con toda la connotación que rodea dicha circunstancia. De ahí la necesidad de agravar el tipo penal básico.

II.- Minoría de edad o discapacidad de la víctima

El artículo 197.7, párrafo segundo, del Código penal dispone que la pena se impondrá en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Particular atención merece el análisis de este elemento típico de agravación cuando de menores de edad se trata.

Entiendo que pueden darse diferentes escenarios: 1) que el autor sea mayor de edad y la víctima menor de edad; 2) que ambos sean menores, siendo esta última la frecuente modalidad que hoy podemos observar en el *modus operandi* de esta conducta entre adolescentes y jóvenes.

Si bien entiendo que la legislación española hace referencia al apartado a), no podemos dejar de plasmar la preocupante modalidad que comúnmente observamos de los jóvenes que, con total naturalidad, captan entre sí fotografías o videos -generalmente de contenido sexual o alto grado de erotismo- íntimos, y lo difunden y comparten con amigos o conocidos; sin advertir las consecuencias de su desinteresado accionar -*sexting*-, como veremos seguidamente.

1) En el primer caso, la conducta se agrava porque la víctima es un menor de edad o un discapacitado. El autor podrá ser un familiar, un amigo de la familia, un conocido, o cualquier otra persona vinculada al

menor o discapacitado que ha captado las imágenes o videos íntimos con su consentimiento y luego los difundió sin anuencia de la víctima.

Se lesiona la intimidad del menor o de la persona con discapacidad, pero también su integridad y libre desarrollo de la sexualidad si se tratara de material sexual o erótico, y en ese caso habría que evaluar la posibilidad de que el autor cometa, con dicha difusión, otro delito más grave, como lo es la distribución, facilitación o tenencia de pornografía infantil.

En este sentido, resulta peligroso que las imágenes de naturaleza sexual sean difundidas por el autor, sin el consentimiento del menor en éstas representados, a un número indeterminado de personas. Una vez que el material se escapa de la esfera de control de quien lo ha producido o lo posee, por el envío voluntario terceros, es prácticamente imposible impedir su propagación⁵⁷². Dependiendo del contenido de las imágenes se puede conseguir graves ofensas a la dignidad y la intimidad de los menores en ellas representados⁵⁷³. Estos materiales pueden llegar a manos de sujetos malintencionados -pedófilos, depredadores sexuales, groomers, etc- con el riesgo de que se puedan utilizar también para embaucar a jóvenes víctimas

⁵⁷² SALVADORI, Ivan, *La controvertida relevancia penal del sexting en el Derecho italiano y comparado*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2017, p. 8.

⁵⁷³ LEARY, M.G, *Sexting or self-produced Child Pornography? The dialog Continues-structured prosecutorial discretion within a multidisciplinary response*, Virginia J. Social Policy & the L., vol. 17, nº 3, 2010, p. 486.

con fines sexuales (*child grooming*), para chantajearlas (*sextorsion*) o para someterlas a otras formas de acoso (*bullying*).

La difusión y la propagación viral de las imágenes podrían causar traumas psicológicos tan fuertes que incidan en el normal desarrollo psíquico de la víctima, en sus relaciones personales pudiéndola llevar, en casos extremos, al suicidio.

Ahora bien, en caso que el menor haya sido quien compartió, en una primera instancia, el material con el mayor, antes que éste último lo difundiera, existe el riesgo de que el menor pueda ser investigado por el delito de distribución de pornografía infantil; entonces el menor será víctima y victimario.

Es común que las víctimas menores de edad no comuniquen estos episodios a sus padres ni los denuncien a las fuerzas y cuerpos de seguridad por vergüenza o por temor.

2) En el segundo caso, en que autor y víctima suelen ser menores de edad, adolescentes y jóvenes, se han suscitado interesantes cuestiones que requieren un singular tratamiento doctrinal.

Al respecto, se expone⁵⁷⁴ comparte un relato bastante común a algunos casos graves y mediáticos, en los siguientes términos: A una chica

⁵⁷⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *Menores infractores o víctimas de pornografía infantil. Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, ISSN 1695-0194, Catalunya, 2010, pp. 8 y ss.

adolescente sus padres le compran un teléfono celular con cámara digital incorporada. Utiliza la cámara para sacarse fotografías en posturas provocativas y, en algunas ocasiones, sexualmente explícitas. Unos meses después, inicia una relación sentimental con un compañero de clase, a quien le envía varias de esas fotografías. Cuando bruscamente la relación se rompe -por enfado, una riña, con las inestables reacciones propio de la edad-, esas fotografías acaban en poder de un numeroso grupo de personas del colegio.

Para un/a adolescente, comienza aquí una auténtica pesadilla. La historia puede ser terriblemente cruel y extremadamente embarazosa, llegando al ámbito de lo absurdo cuando esta misma chica acaba siendo condenada por producir, distribuir y poseer pornografía. Pero, además, se encuentra de pronto rechazada y ridiculizada por sus compañeros de clase, más aun cuando ha llegado a ser condenada como una delincuente sexual.

Situaciones como la que se acabó de describir son propicios para sufrir acoso moral, chantaje, humillaciones y descalificaciones que pueden llevar al adolescente que lo sufre, como en el caso de *Jesse Logan*⁵⁷⁵, a ver el suicidio como alternativa.

⁵⁷⁵ *Jesse Logan* se suicidó en Cincinnati el 6 de marzo de 2009 como consecuencia de haber sufrido en una persona la conducta de *sexting*, tratado en AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *Menores infractores o víctimas de pornografía infantil. Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, ISSN 1695-0194, Catalunya, 2010, pp. 8 y ss.

III.- *Sexting*: perspectiva criminológica

Se define el *sexting* como el fenómeno que engloba aquellas conductas o prácticas entre adolescentes consiste en la producción, por cualquier medio de imágenes digitales en las que aparezcan menores de forma desnuda o semidesnuda, y en su transmisión a otros menores, ya sea a través de telefonía móvil o correo electrónico, o mediante su puesta a disposición de terceros a través de Internet⁵⁷⁶.

Las teorías criminológicas que podrían ayudar a esclarecer algunos factores importantes relacionados con la problemática en estudio, son las teorías de los vínculos sociales y la teoría del autocontrol. Parecería razonable que los adolescentes con mayores problemas afectivos, derivados de una estructura familiar deficiente, y con mayor problema de autocontrol, estarían inclinados, a llevar acabo las conductas en estudio.

En la medida en que sobre el menor existan controles menos intensos y expectativas del futuro menos relevantes, realizará, con mayor probabilidad, conductas de riesgo, pues no tiene nada que perder y nadie a quien defraudar⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ McLOUGHLIN, J., *Crime and punishment: Teen Sexting in Context*. Disponible en http://works.bepress.com/julia_mcloughlin/1

⁵⁷⁷ McLOUGHLIN, J., *Crime and punishment: Teen Sexting in Context*. Disponible en http://works.bepress.com/julia_mcloughlin/1.

Es de destacar que los jóvenes y adolescentes son, por un lado, vulnerables a la presión de su círculo de amigos, y por otro, poseen un elevado nivel de atracción hacia las actividades de riesgo.

Por otra parte, los escenarios virtuales generan una sensación de anonimato, siendo Internet un espacio propicio para generar delincuencia, que a su vez permite un sentido de libertad tanto para quien delinque como para son las víctimas del comportamiento delictivo.

Una de las características de las redes sociales estriba en que se han convertido en un medio, no solamente para socializar, sino también para la expresión de la sexualidad, por lo que para la ciencia es necesario tomar en cuenta estos cambios y transformaciones que se presentan hace ya un tiempo.

Con estos cambios pueden observarse con claridad la manera en que los adolescentes llevan a cabo la socialización, ya que ésta es una etapa en donde la susceptibilidad a influencias de tipo social por parte de los pares y de los medios de comunicación se hace más visible; por ello se habla de que pertenecen a una generación donde las redes sociales juegan un papel primordial en su comunicación diaria, conviviendo naturalmente con

plataformas que permiten crear comunidades y grupos populares en Internet⁵⁷⁸.

Hoy es una conducta muy común, el envío de fotografías o videos del contenido y de forma voluntaria, entre jóvenes, cuando entre ellos existe una relación de confianza.

El contenido de estas fotografía o video de carácter íntimo, frecuentemente constituido por imágenes que son sexualmente sugestivas tanto de desnudos como semidesnudos, lo cual otorga una amplia popularidad por la apreciación de la sensualidad, la diversión y la excitación que genera.

Esta conducta tiene un importante arraigo entre los jóvenes, ya que no son conscientes de los peligros que puede acarrear esta actuación.

En esta línea, se han resaltado⁵⁷⁹ las conclusiones a que se ha llegado con la realización de investigaciones que, a través de una muestra de 480 estudiantes universitarios de una universidad de Estados Unidos, han dado como resultado que más del 20% han sufrido coacciones para enviar material de distinto contenido sexual o íntimo a la persona con la que

⁵⁷⁸ ALMANSA, A., FONSECA, O., CASTILLO, A., *Redes sociales y jóvenes. Uso de Facebook en la juventud colombiana y española*, Revista científica en Comunicación, XX 40, 127/35.

⁵⁷⁹ ACEDO PENCO, Ángel y PLATERO ALCÓN, Alejandro, *La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales. Referencia especial al Régimen normativo y europeo y español*, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, ISSN 0719-2584, vol. 5, n° 2016, pp. 63/94.

compartían una relación sentimental, y que de ellos más del 50% enviaron estas fotos y videos a sus parejas⁵⁸⁰.

Actualmente la tecnología es cada vez más disponible, portátil. Una de las características que va en aumento es que, mientras que hace un tiempo el acceso a las redes se hacía mediante el ordenador, hoy día el 62% lo hace a través del teléfono celular. Esto facilita que las personas tengan un acceso cada vez más fácil al contenido audiovisual que circula en Internet⁵⁸¹.

IV.- Consentimiento

Una de las controversias jurídicas que se deriva de esta figura cuando el autor es menor de edad radica en determinar la capacidad del menor para manifestar consentimiento relevante, ya que dicha capacidad no suele coincidir con la edad que en un determinado ordenamiento entiende que los niños y jóvenes pueden tener relaciones sexuales libremente, cuestión bastante compleja determinar por parte del legislador.

En el ordenamiento jurídico español, la edad para el consentimiento sexual entre niños y jóvenes se sitúa en los 16 años. Así lo señala el

⁵⁸⁰ DROUIN, M., ROSS, J., TOBIN, E., *Sexting: a new digital vehicle for intimate partner aggression*. *Computers in Human Behavior*, 50:197-204. Disponible <https://goo.gl/nlcjgq>

⁵⁸¹ Informe *Ditrendia: Mobile en España y en el mundo (2015)*. ditrendia.es. <http://www.ditrendia.es>

artículo 183 del Código penal: “El consentimiento libre del menor de 16 años excluirá responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo y madurez”.

Sin embargo, esta libertad no es plena, ya que, por ejemplo, no se reconoce la libertad para autorizar su participación en actos pornográficos, en la elaboración del material de este tipo y en su posterior distribución.

Algunos autores consideran que, a los efectos de los tipos penales relativos a la pornografía infantil, debería entenderse abarcado todos los niños y jóvenes, con independencia de que concurra consentimiento sexual o no. Estos tipos se emancipan, por tanto, de la edad fijada para posibilitar el consentimiento en las relaciones sexuales⁵⁸².

No obstante, es un tema para tener en cuenta la situación de los menores que han alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando sea difundido sin su consentimiento, imágenes o videos de contenido íntimo y de su propiedad, pues una intervención estatal excesiva podría vulnerar el derecho de aquellos a preservar su autonomía sexual, es decir, a que no se vean limitados sus derechos a tomar sus propias decisiones de índole sexual -derecho a la autodeterminación en materia sexual-con lo cual se

⁵⁸² DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

dejaría fuera de la línea de fuego al obstáculo que implica, desde un punto de vista político criminal, el principio de mínima intervención.

De acuerdo a estudios realizados sobre hábitos seguros y sobre seguridad y privacidad en el uso de móviles por menor de edad, pudo determinarse que los adolescentes en España poseen, dos de cada tres menores, un teléfono celular propio -64,7%-, aumentando con la edad y, se generaliza entre los adolescentes de 15 a 16 años: un 89,2% tienen teléfono móvil. El 88,6 % de los menores españoles con móvil entre 10 y 16 años hace fotografías con su teléfono, el 48,2% las envía a otras personas, y el 20,8% las publica en Internet⁵⁸³.

Las redes sociales, los dispositivos móviles, aumentan en cantidad y calidad en virtud de los avances tecnológicos, y ello permite que sean espacios perfectos para que las personas se muestran y compartan con otros sus vidas, mezclando cuestiones relacionadas con lo privado y lo público, y lo personal con lo profesional.

Sin embargo, con los dispositivos móviles y el uso habitual de exhibir parte de la vida diaria en las redes, estos conceptos se interrelacionan y suelen confundirse entre sí. Muchas veces, los

⁵⁸³ Observatorio INTECO, *Estudios sobre hábitos seguros en el uso de las Tics por niños y adolescentes y la confianza de sus padres*, 2009, pp. 19 y ss.

Observatorio INTECO y Orange, *Estudio sobre seguridad y privacidad el uso de los servicios móviles por los menores españoles*, 2010, pp. 9 y ss.

Ambos disponibles en: http://inteco.es/seguridad/observatorio/estudios_e_informes

adolescentes -y también los adultos- comparten lo que debería ser privado, y que nunca debería salir del entorno más cercano.

A pesar que los adolescentes son recelosos de su privacidad hacia los adultos, lo cierto es que entre iguales publican y comparten intimidades a través de redes sociales como *Snapchat* o *WhatsApp*, lo cual ocasiona, en reiteradas oportunidades, que una foto o una grabación privada, termine llegando imprudentemente a otras personas, violando la actividad⁵⁸⁴.

En la actualidad los dispositivos móviles telefónicos permiten que, con total facilidad e inmediatez, se tomen fotografías o se filmen escenas cotidianas en cualquier momento y lugar, una plaza, un gimnasio, un vestuario, en la cama. Una gran cantidad de imágenes circulan día a día por Internet, y entre ellas, muchas pueden ser imágenes personales que se han difundido sin que el emisor se entere.

Una imagen íntima, pornográfica o no, al hacerse pública puede traer malas consecuencias para la persona que allí aparezca. La inmediatez virtual provoca que no exista una reflexión previa a la relación; circunstancia esta que coloca a los menores en una situación de especial vulnerabilidad, aunque se acepta el riesgo pues hoy si no tienes presencia en Internet y en las redes parece que no eres nadie.

⁵⁸⁴ DELGADO CARRILLO, Cynthia, Tutor: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *Nuevas tecnologías y atentado contra la intimidad o indemnidad sexual: sexting y figuras afines*, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2016, pp. 4 y ss.

Los teléfonos móviles se convirtieron en una biblioteca de las propias vidas y momentos íntimos, los cuales no hace falta que se publique, pues ello podría ocasionar perjuicios irreversibles, como veremos más adelante. Existe una clara brecha digital que se relaciona con un componente generacional, que impacta en una diferencia sustancial entre adultos y jóvenes: a los primeros la disponibilidad e inserción a la tecnología lo sorprende de manera externa y nueva, mientras que los jóvenes y adolescentes, han nacido y conocido, desde edad temprana, las herramientas tecnológicas en su entorno habitual⁵⁸⁵.

En este contexto, los jóvenes son llamados *nativos digitales*, en contraposición a los *inmigrantes digitales*. Las nuevas generaciones viven desde que nacieron utilizando los medios audiovisuales, y están acostumbrados a acceder a las redes desde cualquier lugar conviviendo e interactuando en un mundo de múltiples pantallas, procesando, al mismo tiempo, la información de todas ellas y valorando a la red como una continuación del mundo real⁵⁸⁶.

También es frecuente que los jóvenes faciliten los datos personales en las redes, desconociendo o ignorando alarmantemente, una variedad de

⁵⁸⁵ DELGADO CARRILLO, Cynthia, Tutor: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *Nuevas tecnologías y atentado contra la intimidad o indemnidad sexual: sexting y figuras afines*, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2016, pp. 4 y ss.

⁵⁸⁶ DELGADO CARRILLO, Cynthia, Tutor: HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *Nuevas tecnologías y atentado contra la intimidad o indemnidad sexual: sexting y figuras afines*, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2016, pp. 4 y ss.

riesgos y amenazas, tales como, la vulneración de datos o información de carácter personal, suplantación de identidad, acceso a contenidos inapropiados o peligro de entrar en contacto con personas con objetivos espurios, o bien sometiéndose al riesgo de ser víctimas de otros delitos, como fraudes, extorsiones, ataques informáticos en sus sistemas, etc.

Tal situación, nos coloca a los adultos en la obligación de actualizarnos y mantenernos informados sobre las ventajas y los riesgos que puedan entrañar la interacción permanente en las redes sociales; lo que permitirá conversar con los jóvenes, informarlos, acompañarlos y concienciarlos sobre eventuales peligros.

En los últimos años la generalización masiva del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (*TICs*) entre los ciudadanos, especialmente entre los más jóvenes, ha dado origen al desarrollo de nuevo escenario para las relaciones personales que, si bien las relaciones siguen siendo las mismas, su desarrollo detrás de las redes sociales ha provocado la ejecución de comportamientos dañinos que, sin Internet, no se producían ni impactaban con la magnitud actual.

En consecuencia, resulta sencillo relacionarse con otras personas. Existen decenas de aplicaciones cuyos usuarios las utilizan con diferentes objetivos.

Encontrar amigos en *Facebook* que hace años que no ven, hablar o escribir minuto a minuto por *WhatsApp* con la pareja, amigos, padres, o bien, tener una reunión de trabajo por *Skype*.

Asimismo, también existen aplicaciones para mantener relaciones sentimentales o sexuales: *Tinder* o *Grinder*. Esta última aplicación es exclusivamente para ganar relaciones sexuales entre homosexuales; no hace falta compartir el nombre ni una foto de perfil, pero sin embargo, le piden al usuario información íntima con el fin sexual desconociendo quién es el que está al otro lado de la pantalla.

Claro que esta situación, tan lejana a la de generaciones anteriores, es muy preocupante si hablamos de menores de edad, quienes en virtud de su mayor vulnerabilidad, correr el riesgo debe convertirse además en las víctimas delitos.

Es verdad que fotos de desnudos o de contenido erótico hemos observado durante siglos en pinturas o esculturas de la antigüedad, pero la forma en que en la actualidad se convierte en cotidiano y común el exhibicionismo vinculado a lo que podría ser la intimidad -sexual- de una relación, en la que podrían estar involucrados menores de edad, es altamente preocupante.

En la etapa de la adolescencia y juventud, en la que los rasgos de la personalidad se encuentran vulnerables -necesidad de autoafirmación, definición sexual, pertenencia a un grupo social, etc.-, se facilita la práctica

sobre exposición -sexual o erótica-, perdiendo la dimensión de eventuales consecuencias que podrían llegar a resultados irreversibles.

Según un estudio del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación y Pantallas Amigas, el 59,9% de los padres y madres de menores españoles de 10 a 16 años con telefonía móvil considera que sería muy grave si su hijo se hiciese fotos asimismo en una postura sexy o provocativa. A su vez, el 60,2% encuentra muy grave que su hijo reciba fotos de otros jóvenes de igual naturaleza. Lo que no saben estos padres es que el 8,1% de los menores españoles recibe fotos o videos de su entorno en posturas provocativas, el 4% reconoce haber realizado fotografías o videos a ellos mismos provocativos, ascendiendo al 6,1% entre adolescentes de 15 y 16 años.

Abordando la figura del examen, es una práctica erótica consensuada entre los jóvenes que tienen algún tipo de relación -personal, pareja, amistad, sexual-, que comparten fotos y videos íntimos a través de Internet utilizando principalmente el teléfono celular.

Es natural que en estas fotografías y videos aparezcan desnudos, o con poses eróticas, llevando a cabo actividades sexuales, en forma de *selfie*, o no, o posando una o más personas. El problema es cuando uno de ellos decide publicarla en una red social con el alcance e impacto que provoca una viralización masiva y descontrolada de dichos contenidos.

Los contenidos generados por los propios remitentes, mediante videos, o fotos propias en actitudes sexuales, desnudas o semidesnudo, normalmente con destino a una pareja sexual o amorosa o, a otros amigos, como un simple juego, exponen a su creador a graves riesgos.

La causa principal de estos pedidos es la no previsión por parte de los jóvenes -y sus padres-, toda vez que aquellos no son capaces proyectar o imaginar las variadas formas de que una imagen que está en un dispositivo móvil, pueda salir del dispositivo y circular públicamente e incontrolablemente: un robo, un error, una broma, un extravío, o la voluntad de su propietario.

Hoy día hay jóvenes que piensan que no es nada malo el publicar el material con contenido íntimo, producido por el mismo, o recibido desde el emisor. De hecho hay gente que no duda en retransmitiendo. Y así llegamos a la circulación de la imagen, con lo que el derecho a la intimidad de quien protagoniza las imágenes o el video queda seriamente lesionado y la difusión de éstas es imposible de detener⁵⁸⁷. Lo expuesto puede provocar burlas, u otro tipo de agresiones psicológicas hasta llegar a casos realmente dramáticos de ciberacosos.

⁵⁸⁷ *Pantallas amigas* es una iniciativa que tienen como misión la promoción del uso seguro y saludable de las nuevas tecnologías y es fomento de la ciudadanía digital responsable en la infancia y la adolescencia. Por un uso seguro y saludable de Internet, la telefonía móvil y los videojuegos. Por una ciudadanía digital responsable, 2016. <http://www.pantallasamigas.net/>

V.- Efectos del riesgo típico

Los riesgos a los que se exponen los adolescentes y jóvenes en este ámbito de comportamiento típico son de toda índole: de carácter psicológico, legal, de integridad física. Pero veamos básicamente el alcance que pueden tener estos *riesgos*.

A) *Riesgo a la privacidad*

El primer riesgo al que se enfrenta quien envía imágenes o videos con contenido íntimo es la pérdida de la privacidad. Los contenidos que uno mismo ha generado pueden terminar en poder de otras personas desde el instante en que se presiona voluntariamente *send*; y puede ser efectuado por quien haya sido parte de la producción del material erótico, como del receptor del contenido que a su vez reenvía las imágenes a sus contactos. Lo cierto es que una vez que se envía, se pierde el control sobre su difusión; debiendo destacar el peligro de que estas fotografías o videos puedan entrar en el circuito internacional de la pornografía infantil⁵⁸⁸, o

⁵⁸⁸ La *Internet Crimes Against Children Task Force* indica que un 25% de las imágenes consideradas pornografía infantil que tiene archivada la policía de Utah (EEUU) han sido creadas originalmente como *sexting* entre menores. *Vid.* <http://sexting.wordpress.com/2009/6/22>

bien, la utilización de los metadatos que otorga la fotografía permita su individualización y se convierta en víctima de otros delitos, *como grooming* por ejemplo. El sufrimiento de los adolescentes por la estigmatización de otros, frente a quienes ha quedado descubierta su intimidad tiene derivaciones en otros aspectos -emocionales, afectivos-, toda vez que desde la mirada de los padres y de otros jóvenes han quedado marcados por el indiscriminado uso que terceros han dado a su imagen.

B) Riesgo de ciberacosos

Un adolescente que se fotografía o graba en una actitud sexual o insinuante puede sugerir una precocidad sexual hacia personas a las cuales les llegue la fotografía o video, y provocar el deseo de un encuentro lo que puede implicar un eventual abuso o extorsión del menor de edad, o bien, exponerse a conductas que pueden subsumirse en *grooming*. Los menores - y también los adultos- que publiquen imágenes o videos íntimos propios o de terceros, provoca el riesgo que aquel material sea utilizado para extorsionarlo a que continúe mandando fotografías y videos sexuales, o bien, amenazando a que si no deposita dinero -o bitcoins- en una cuenta determinada -generalmente en una billetera virtual que no deja rastros-,

aquel material será difundido a ámbitos que perjudiquen a la víctima, comprendido bajo la noción de *sextorsion*⁵⁸⁹.

C) *Exigencia de responsabilidad penal*

La imagen de una persona está protegida por la Constitución y por la Ley de Protección de Datos y por el Código Penal. En consecuencia, un reenvío de una foto íntima se considera un delito que revela secretos. Además, ciertas imágenes producidas y difundidas por menores de edad, podrían ser consideradas pornografía infantil y derivar en consecuencias penales.

El art. 19 del Código Penal establece que los menores de 18 años no será responsable criminalmente con arreglo a este código, pero que podrán serlo según lo dispuesto en la ley que regular la responsabilidad penal del menor, es decir la Ley orgánica 5/2000 de 12 de enero.

A los menores de 18 años se aplican normas penales específicas, siendo enjuiciados por tribunales diferentes a los del resto de los ciudadanos; para ello será necesario que el menor de edad lo sea en el momento en que se cometieron los hechos delictivos.

⁵⁸⁹ Unicef, *Sexting: un nuevo riesgo para los menores*, (2011). sexting.wordpress.com/tag/unicef/

Por ejemplo, en un caso de distribución de imágenes de pornografía infantil, si el autor es un menor, mayor de 14 años y menor de 18 años, se le aplicará la Ley orgánica 5/2000 señalada.

En el análisis del delito se estará a lo dispuesto en el Código penal, pero en la determinación de la pena se establecerán sanciones diferentes que, en función de la gravedad de la conducta, podrá aplicársele desde una amonestación hasta el internamiento en Centros de menores, o obligación de asistir a Centros de día, o bien, prestaciones en beneficio de la sociedad o comunidad.

Dicha ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, consagra el principio del interés en el menor, estableciéndose un marco flexible para que los juzgados de menores puedan determinar las medidas aplicables a los infractores penales, sobre la base de valorar especialmente el interés del menor; instaurando un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa.

Existen diferentes conductas en la que pueden ser autores o víctimas los menores, que salen a la luz en todas sus variantes gracias a los avances tecnológicos y a la disponibilidad inmediata que tienen la mayoría de ellos sobre estos dispositivos telefónicos.

De esta manera, si el menor recibe imágenes pornográficas de menores de edad y no se borran inmediatamente, estaría cometiendo un delito, pues su mera tenencia es ilegal. Si hubiera intención sexual y se la

envía a alguien, el menor que la remite también comete un delito –como distribución de pornografía infantil-, e igual lo comente quien lo recibe si no la borra inmediatamente -tenencia de pornografía infantil-.

En Estados Unidos ha habido sentencias condenatorias a menores, a mi juicio desproporcionadas y excesivas.

En Fort Wayne -Indiana-, se ha condenado a un adolescente por un delito grave por enviar una foto obscena de sus partes privadas a una compañera del colegio⁵⁹⁰.

En Massachusetts, la policía denunció por delitos de pornografía infantil a seis estudiantes, entre doce y catorce años por distribuir fotografías tomadas a la novia de uno de ellos desnuda⁵⁹¹.

También en New Jersey fue arrestada una adolescente de 14 años por colgar fotos de ella misma desnuda en *MySpace*.

En Pensilvania la policía investigó a un grupo de estudiantes por el delito de pornografía infantil grave por tener en sus teléfonos móviles fotos de chicas. Los casos mencionados son comentados a título de ejemplo; y demuestran que la proliferación del *sexting* se extiende con fuerza entre los adolescentes de Estados Unidos.

⁵⁹⁰ IRVINE, Martha, *Porn Charges for Sexting*, feb. 4, 2009. <http://www.msnbc.msn.com/id/29017808>

⁵⁹¹ BRENNAN, George, *Youths Called to Sexting Hearing*, feb.13/2009. <http://www.capecodonline.com/apps/pbcs/articleAID=/20090213/news/902130335>

Las numerosas investigaciones y acusaciones del delito en estudio, obedece a situaciones, contextos, y motivaciones distintas. Algunos envían fotografías en las que aparecen ellos mismos desnudos. También se dan casos de fotografías de parejas tomadas mientras mantienen relaciones sexuales y son enviadas a terceros. Hay amantes desdeñados que envían a otros materiales íntimos por venganza. Algunos menores, simplemente, siguen la cadena de transmisión de imágenes, reenviándolas irreflexivamente a terceros.

Esta conducta tiene muchos matices y aspectos que es preferible tratar separadamente, en cada caso concreto, pues pueden involucrar a muchas personas, que desempeñan distintos roles en la consumación del fenómeno.

Se han mostrado⁵⁹² los diferentes escenarios que abarca la conducta analizada, preguntándose si la condena eliminará el problema. Condenar a la persona a la que se ha causado más daño, aunque no esté exenta de culpa, podría conducirnos ha resultado injusto o ineficiente⁵⁹³. Al respecto, cabe preguntar: ¿los menores deben ser castigados por difundir imágenes o videos íntimos sin el consentimiento de la víctima?

⁵⁹² AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, ob. cit., p. 26.

⁵⁹³ Véase un caso analizado por el citado autor, ocurrido Pensilvania, en el que tres adolescentes de 14 y 15 años fueron acusadas por producir, distribuir y poseer material de pornografía infantil (las fotografías con el torso desnudo de ellas mismas que había enviado a sus compañeros). Sin embargo, los tres chicos que recibieron las imágenes fueron condenados por la primera posesión.

Se sostiene⁵⁹⁴, en relación a quienes fueron condenados por posesión de pornografía infantil, en el caso de tratarse de fotografías entre ellos mismos, que el castigo no parece adecuado al delito cometido. Las leyes que criminalizan los delitos relacionados con la pornografía infantil están pensadas, en líneas generales, para otras situaciones y, en consecuencia, no pueden actuar en sentido contrario y penar como un delito sexual el llevado a cabo por un menor que ha obrado impulsiva e irreflexivamente, como sucede en la mayoría de los casos en los que el autor menor de edad difunde fotografías o videos tomados con la anuencia de la víctima también menor, pero publicados sin su consentimiento.

Ahora bien, algunos estudios demuestran que muchos de los niños y jóvenes consideran que el envío de determinadas imágenes sensuales a terceros no supone un delito.

En una investigación desarrollada por autores estado-unidenses se ha obtenido como conclusión que la mayoría de los encuestados -61%- no eran conscientes de que el envío de este tipo de contenido podría considerarse pornografía infantil en algún estado de Estados Unidos y, en algunos, es un delito con graves penas de prisión⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ ZHANG, Xiaolu, *Charging children with child pornography- Using the legal system to handle the problem of Sexting*, Computer Law&Security Review, volume 26, Issue 3, pp. 251/9.

⁵⁹⁵ ZHANG, Xiaolu, ob. cit., pp. 251/9.

Este es el caso de *Phillip Alpert*, un joven de 18 años de Florida que fue condenado por un delito grave después de que envió una foto desnuda de su ex novia de 16 años edad a más de 70 personas. Fue condenado a cinco años de libertad condicional, obligado a registrarse como delincuente sexual durante 25 años y expulsado de su Universidad⁵⁹⁶.

Otros autores opinan que antes de duras leyes penales se necesita prevenir a los niños y jóvenes, si consideran que tal vez los casos de niños que llevan a cabo la conducta en estudio, deberían tratarse como cuestiones que requieren el asesoramiento de una persona calificada -psicólogo-, en lugar de ser tratado como un delincuente⁵⁹⁷.

Así, un sector de la doctrina considera que cuando el material sexual es difundido por un menor de edad, dicha conducta no puede ser equiparada a la pornografía infantil, puesto que en la libre producción del material contenido sexual por parte de menores no hay ninguna forma de explotación o de abuso sexual⁵⁹⁸. Particularmente, en el *sexting* consensuado no sería posible apreciar una mercantilización del menor, a

⁵⁹⁶ STROHMAYER, H., MURPHY, M., DE MATEO, D., *Youth sexting: Prevalence Rates, driving motivations, and the Deterrent effects of Legal Consequences*, Sex. Res. Soc Policy, II, 245-255.

⁵⁹⁷ HILLMAN, H., HOOPER, C., RAYMOND, K., *Online child exploitation: Challenges and future research directions*, Computers Law and Security review, 20, 687-698. Disponible en <https://goo.gl/GcKmog>

⁵⁹⁸ SALVADORI, Ivan, *La controvertida relevancia penal del sexting en el Derecho italiano y comparado*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2017, p. 9.

diferencia de lo que ocurre en la producción de pornografía infantil por parte de adultos.

La relevancia penal de las imágenes sexualmente explícitas de menores no depende de su contenido intrínsecamente pornográfico, si no de las modalidades con las que se produzca, y en particular, de que el menor, reducido a mero instrumento de satisfacción sexual de terceros, asume en su realización. El material sería de todos modos ilícito si se produce mediante coacción o engaño de la joven víctima, también donde no haya una directa representación de un abuso sexual por parte de un adulto.

Las severas medidas adoptadas para proteger a los menores frente a cualquier forma de agresión en su esfera sexual y psicofísica y para castigar su implicación en actividades sexuales acaban en efecto por castigar conductas inocuas. Piénsese, por ejemplo, en una pareja de novios menores de edad que de manera consensuada intercambian *selfies* de contenido erótico, o en los adolescentes que reciban imágenes de un coetáneo en actitudes sexualmente explícitas. La posibilidad de subsumir estos hechos en la normativa penal de pornografía infantil tendría el efecto de exponer a los menores a las consecuencias negativas que tienen su origen en una

investigación y una imputación penal, además de una eventual condena, produciéndoles graves daños⁵⁹⁹.

Un sector de la doctrina ha afirmado que el *sexting* representa una legítima manifestación de la libertad de expresión de los menores, que de manera natural y comprensible, debido a su inmadurez psicológica, suelen descubrir y vivir de esa manera su sexualidad⁶⁰⁰.

En ese sentido, se sostiene que es incuestionable la gravedad de los delitos relacionados con la producción y distribución de pornografía infantil, y, justamente, por ese motivo, no puede condenarse a los menores que no son explotados, y que ejercen su natural y legítimo ejercicio de la sexualidad y la intimidad; pues en una sociedad donde rija un Estado de derecho no puede ser delito el ejercicio de los derechos⁶⁰¹.

En efecto, el art. 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, que constituye el instrumento internacional más importante en la protección de los derechos fundamentales de los menores, reconoce que cada niño tiene derecho a la libertad de expresión; como lo serían sus manifestaciones consensuadas y libres. Este derecho

⁵⁹⁹ SALVADORI, Ivan, *La controvertida relevancia penal del sexting en el Derecho italiano y comparado*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2017, p. 11.

⁶⁰⁰ GILLESPIE, A.A., *Adolescents, Sexting and Human Rights*, en *Human Rights*, L. Rev., vol. 13, n° 4, 2013, pp. 623 y ss.

⁶⁰¹ PORTILLO, Victor Hugo, *Sistema penal e informático, ciberdelitos, evidencia digital, Tics*, Dir. Riquert, Marcelo, coord. Sueiro, Carlos Christian, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, pp. 161 y ss.

constitucional sería incompatible con decisiones de política criminal adoptadas por legisladores nacionales, de castigar cualquier forma de producción, cesión o posesión de material pornográfico infantil también cuando sea llevado a cabo por menores de edad.

Últimamente existe una significativa actividad internacional relacionada con la preocupación por aumentar la privacidad de los usuarios en las redes sociales, fundamentalmente, cuando se trata de niños y jóvenes.

En este sentido, en España, las distintas delegaciones de la Agencia española de protección de datos han elaborado una serie de manuales dirigidos a los niños y jóvenes, alertándoles de los peligros de las redes sociales.

En el informe del proyecto *Prometeo*, donde se reclama la necesidad de educar en la escuela en la protección de datos, se destaca la importancia de los manuales, pues están específicamente trabajados para las dudas o preguntas que pueda interesar a cada grupo de usuarios, de 9 a 11 años, de 12 a 14 años, y de 15 a 17 años, con información para que los jóvenes usuarios sepan qué precauciones deben tomar para proteger su identidad; como no ofrecer los datos personales a cambio de servicios o regalos, no

registrarse en páginas inseguras, y cómo saber identificarlas, o borrar los mensajes en cadena y colocar contraseñas⁶⁰².

En esa línea, se formulan una serie de recomendaciones generales, entre las que se destacan la animación a valorar el contacto cara a cara con los amigos, a navegar y chatear junto con los padres, así como no dar los datos personales, y ante cualquier duda consultar.

Todo ello ha contribuido a que la Unión Europea iniciara el 25 de enero de 2012 una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo del Consejo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de datos, ya que la anterior regulación existente -la Directiva 95/46/CE, no alcanza a regular lo que serían las siguientes grandes etapas de la historia de informática, caracterizadas por el desarrollo y la rapidez de Internet, por los eficaces motores de búsqueda, o por la creciente problemática que supone el denominado Internet de las cosas⁶⁰³.

Lo cierto es que este fenómeno frecuentemente se asocia a conducta de acoso, *bullying*, chantajes, amenazas, delitos contra la integridad sexual y moral, etc. Los pedófilos tienen al alcance de su mano, gracias a este

⁶⁰² Informe de proyecto Prometeo. <http://redbin.es/blog/informedelproyecto-prometeo-reclamalanecesidadde-educarenlaescuelaenprotecciondedatos>, 2014, citado por ACEDO PENCO y PLATERO ALCÓN, ob. cit., Universidad de Extremadura, España, 2014, p. 87.

⁶⁰³ TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales*, Revista española de Derecho europeo, 43: 25-184.

factor facilitador como es la publicación incontrolada de imágenes y videos de menores de contenido íntimo en la red, material altamente valioso para sus fines.

En ese sentido entiendo que el mensaje que debe emitir hacia los menores debe ser fuerte, y nunca transmitir lo inocuo que implica llevar adelante estas conductas; contrariamente, concientizarlos acerca de los riesgos que pueden convertirse en graves situaciones.

Asimismo, la Ley orgánica 5/2000 introduce el principio de responsabilidad civil de solidaridad de padres, tutores guardadores legales, cuando hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

Es por ello importante resaltar la responsabilidad de los padres y educadores en la formación, vigilancia y control de los menores a su cargo, especialmente cuando le han facilitado medios tecnológicos sin ningún tipo de restricción ni supervisión por su parte.

Claro que la posibilidad de control va a depender de la edad de los menores; no es lo mismo efectuar un control y seguimientos de la actividad virtual de un menor de 10 años, donde su padres podrán acceder fácilmente a ese contralor, que efectuarlo sobre un joven de 15, quienes ya aseguran el acceso a su información a través de contraseñas o códigos de encriptación.

Lo indicado nos lleva a la conclusión que el objetivo no debe ser el de prohibir a los niños el acceso a las redes sociales, ni llevar un control de

padres a hijos sin que estos últimos lo sepan; sino educarlos y acompañarlos, desde instancias tempranas, a un uso seguro de Internet.

D) Riesgos psicológicos y sociales

Cualquier persona, mayor o menor de edad, cuya imagen o video erótico es distribuido sin control, puede verse humillada y acosada, y sufrir graves trastornos a causa de ello, -ansiedad, depresión, pérdida de autoestima, trauma, humillación, aislamiento social, suicidio-.

En este entorno, la situación del menor es delicada; la humillación pública porque su imagen íntima fue difundida en la red, puede llegar a producir situaciones de *ciberbullying*, si sus compañeros utilizan esas imágenes para burlarse o hacer comentarios públicos. Las burlas pueden ser puntuales, pasajeras, o bien prolongadas en el tiempo, provocando en cualquier caso efectos psicológicos nocivos sobre el menor. No olvidemos que estas conductas de burlas constantes llevadas a cabo a través de dispositivos tecnológicos desde cualquier lugar el momento, potencializa y aumenta el impacto negativo en la víctima.

Son alarmante los derivados y consecuencias de modalidades de conductas como la que analizamos.

Desde el año 2009, están proliferando los de sitios web dedicados a explotar y recopilar comercialmente las fotos y los videos creados mediante la publicación incontrolada de fotos y videos de contenido íntimo.

Cualquier imagen sexual que salga en el teléfono, webcam o e-mail, podría terminar en uno de esos sitios y promocionarle beneficios económicos a terceros y alimentar las fantasías eróticas de miles de internautas. Si la foto es de un menor de edad, estaríamos en presencia de *webs* de pornografía infantil.

No obstante, aunque las fotos sean de adultos, vulnerarían también la privacidad ya que no cuentan con la anuencia de las personas fotografiadas para su difusión.

Psíquicamente, los jóvenes suelen quedar afectados emocionalmente, por la pérdida de intimidad, humillación y el arrepentimiento, generados por estas prácticas. Al respecto se ha señalado: “Ellos no sienten el peligro de las nuevas tecnologías porque nacieron con ellas; no perciben la diferencia entre lo que es público y lo que he privado. Todo lo que hacen por la *web* o por el celular creen que no pertenece a sus actividades reales⁶⁰⁴.

La práctica del *sexting* va acompañada del teléfono móvil y con diferentes *apps* para enviar mensajes.

⁶⁰⁴ DE DOMINI, Guillermina, *El sexting crece a pesar de sus peligros*. <http://www.clarin.com/diario/2009/5/10/um/m-01915380.htm>

Entre ellas se encuentra la aplicación *Snapchat*, aplicación que permite una duración efímera del contenido, y por ese motivo está causando furor. Ello crea una mayor seguridad en la persona y una incitación para realizar estas fotografías, pues, con otras aplicaciones, permanecen las fotos en el dispositivo móvil.

Una de las ventajas de la aplicación es que si alguien realiza una captura de pantalla a una fotografía, la aplicación avisa y comunica quién ha sido.

Ello genera una sensación de mayor privacidad y seguridad; además es una aplicación no utilizada frecuentemente por adultos, es decir que sus padres difícilmente estarán presente en la red, como ocurre en *Facebook* o *Twitter*.

No obstante, esta aplicación también presenta sus riesgos, pues aunque una imagen o video en *Snapchat* desaparezca después de unos segundos, éstas pueden ser robadas, difundidas o expropiadas y perjudicar la reputación del emisor.

En sus términos se advierte que el hecho de que se borren las fotos y videos rápidamente de sus servidores, no es garantía que los datos del mensaje se eliminen completamente.

Muchos adolescentes piensan -erróneamente- que el límite de tiempo que le pone al *snap*, hace que no se pueda quebrantarse de ninguna manera la intimidad del usuario. Pero el *app* tiene algunas vulnerabilidades, pues se

puede capturar la pantalla antes que se termine el tiempo para guardar la imagen o, cuando las fotos quedan guardadas los dispositivos móvil.

Snapchat no es la primera aplicación que se utiliza para enviar mensajes sexuales, con contenido explícito. Pero las características de ella, la hacen idónea para que los adolescentes se sientan más seguro que con otras aplicaciones como *Instagram*.

Si bien es cierto que en España la aplicación *WhatsApp* es la más utilizada para publicar imágenes y videos de contenido íntimo, también es verdad que, cada vez más adolescentes están migrando hacia *Snapchat*.

De hecho, el propio socio fundador de *Snapchat*, reconoció que el asunto de las fotos eróticas que el político estadounidense Anthony Weiner publicó en *Twitter*, sirvió de inspiración para crear esta *app*. Es decir, que lo que motivó y originó la idea de crear esta *app*, al parecer con mayores connotaciones de seguridad, fue un hecho de público conocimiento de difusión de fotografías y videos íntimos que terminó en escándalo, y justifica su inclusión exclusiva en las leyes penales.

Lo cierto es que los adolescentes no buscan recuerdos; lo que les interesa es la inmediatez característica de Internet. Valoran esa frescura por encima de la perfección; y todas las fotografías que no se publican en *Instagram*, por qué no se consideran lo suficiente perfectas, tiene su oportunidad en *Snapchat*, donde se muestra el lado más natural, más cotidiano, más auténtico de las cosas.

VI.- Prevención

La virtualidad de las redes sociales no existe, no es un espacio un proceso que termina cuando apagamos el dispositivo; es una extraordinaria forma de comunicación que influye positivamente en nuestras vidas gracias a los beneficios y bondades que nos aporta.

Sin embargo, la red llegar a ser peligrosa, potenciada por el desconocimiento e imprudencia de los usuarios a partir de factores socio personales, tales como el fracaso en la socialización, necesidad de autoafirmación, autodeterminación débil, edad, insatisfacción personal, etc.

Frente a este panorama no hay duda que la criminalización a los menores que realice este tipo de conductas como estrategia de política criminal no sería lo más conveniente para evitar conductas de estas características en un futuro.

Se ha entendido⁶⁰⁵ que, si bien se puede defender una estrategia blanda frente al *sexting*, en el sentido de aplicar una legislación flexible que sólo criminalizara a los menores que realicen conductas a partir de un umbral de lesividad social, ello no impide que se adopten, para aquellos casos menos perturbadores, medidas de un mayor carácter reeducativo; o

⁶⁰⁵ AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, ob. cit., pp. 33/6.

que, desde otras instancias, se intervenga para evitar conductas que promuevan, o faciliten el intercambio consentido de imágenes susceptible de ser catalogadas como pornografía infantil.

Lo expuesto permitiría trabajar no solamente en la protección de desarrollo integral de los menores, sino también, como medio para neutralizar una fuente de producción de pornografía infantil y evitar que se beneficien pedófilos o cualquier otra persona que pretenda explotar un mercado peligroso.

No debemos olvidar que a las conductas de *sexting* pueden seguir, con facilidad, otros comportamientos delictivos, como el *grooming* o el *ciberbullying*.

El solo hecho de producir imágenes o video íntimos para consumo compartido entre los propios protagonistas, supone ya una inmediata puesta en peligro debido a la alta probabilidad de difusión de las imágenes, ya sea de un modo consentido, involuntario o buscado por terceros.

En cuanto a las consecuencias penales, existe un amplio margen de discrecionalidad a la hora de elegir la medida que deba imponerse a un menor en cada caso; pudiéndose analizar al momento de determinar qué medida conviene aplicar dependiendo de si el principio de lesividad ha sido lesionado con mayor o menor profusión.

Si bien no parece razonable utilizar instrumentos penales *stricto sensu* en contra del menor víctima, e indirectamente, productor o fuente de

las imágenes pornográficas, siempre que su consentimiento se hubiere limitado a la esfera de intimidad compartida, tampoco parece inoportuno que se establezca mecanismos de intervención ante la ingenua conducta del menor víctima que pone su imagen desnuda o semidesnuda a disposición de un tercero, que, a su vez, la pone en circulación.

Se debe distinguir entre el daño individual producido al menor víctima que ve como se pone en circulación unas imágenes íntimas; y el daño social derivado de la puesta en el mercado de material de pornografía infantil, creado por el menor, que aunque involuntariamente, ha instigado y alimentado ese mercado. Esta segunda clase de daño, de dimensión social, atenta contra la seguridad física y psicológica de los menores en su conjunto y de los valores de la sociedad en general, en tanto que la comunidad de ciudadanos ha expresado a través de normas penales, su deseo de vivir una sociedad libre pornografía infantil, siendo este un valor social compartido de alta estima que se ha visto violado por la conducta irresponsable del menor víctima.

En consecuencia, convendría crear mecanismos y/o instrumentos adecuados para prevenir con eficacia y proporcionalidad conducta que en caso de extenderse, ayudaría a que el mercado de imágenes de pornografía infantil crezca.

Considero que trabajar en la prevención es fundamental para abordar profundamente la problemática. Este abordaje no implica castigo, sino que,

desde una etapa anterior, será necesario emplear y gestionar fuertes políticas públicas con una clara intención de concientización y prevención.

Lo ideal es una coordinación entre el Estado y diferentes Institución y/o Organizaciones que acuerden un mensaje sólido hacia los niños, adolescentes y jóvenes, teniendo especialmente en cuenta las distintas etapas que se transitan y las diferentes formas de interactuar en la red social dependiendo de si es un niño, un adolescente, o un joven.

Así, luego de analizar y fortalecer una política pública habrá que seleccionar a los profesionales indicados y especializados para transmitirles a los jóvenes el mensaje -psicólogos, fiscales, jueces, jóvenes que hayan sido víctimas o autores en conductas relacionadas con el ciberacoso, etc-.

La prevención debe incluir una serie de información y transmisión de conocimientos no solamente relacionados con la publicación sin consentimiento de imágenes o videos íntimos en los que pueden intervenir los niños o jóvenes como autores de la difusión, o como víctimas, con el perjuicio real que ello acarrea, sino también concientizar y sensibilizarlos a los menores de edad sobre otro tipo de conductas que se cometen a través de las redes sociales o de la transmisión o intercambio de mensajes en teléfonos celulares -distribución y tenencia de pornografía infantil, *grooming*, *bullying*, *ciberbullying*, *sextorsión*, etc.-; pues cada una de estas modalidades puede llevar fácilmente a la comisión de otra, ocasionando

que aquel menor sea víctima de un ciberacoso con profundas consecuencias emocionales, psicológicas, y hasta algunas veces, también penales.

También es importante señalar que el fin no es que los menores dejen de interactuar en las redes sociales, sino para que tomen conciencia de los riesgos y peligros y efectúen un correcto uso de Internet; siendo el principal objetivo que disminuyan considerablemente estas modalidades delictivas que afecta a menores, hasta su desaparición si la campaña de prevención pública es la correcta.

En este sentido, los consejos y sugerencias para los nativos digitales deben estar alejados de infundirles miedo acerca de lo que pueda ocurrir. Lo cierto es que ellos continuarán experimentando su sexualidad a través de nuevas tecnologías pues son prácticas que para los jóvenes revisten una total normalidad; convirtiéndose vital que aquellos consejos provoquen una profunda reflexión sobre sus actos y eventuales consecuencias o resultados de su accionar.

En consecuencia, son aptos para concretar estos encuentros, los colegios, los clubes, las iglesias, los barrios, y toda otra institución que pueda nuclear y seleccionar las diferentes charlas de acuerdo a la edad de los niños y jóvenes.

No obstante, esta información no solamente tiene que ser brindada a los menores de edad; sino también a sus padres y a los docentes que, en muchos casos, pasan cantidad de horas junto a los niños.

En consecuencia, si bien el contenido de la información va a coincidir con los menores en cuanto a la transmisión de los riesgos y peligros que trae aparejado las nuevas modalidades delictivas generadas a través del uso de las nuevas tecnologías, en lo que se va a profundizar es en el aprendizaje y entendimiento del funcionamiento de los dispositivos, las aplicaciones, navegar por Internet, como así también sus diferentes usos que claramente no siempre son perjudiciales.

En ese sentido, los migrantes digitales -adultos-, deberá entender también la nueva relación virtual entre los adolescentes y sus experiencias a través de ellas. Ello es muy importante para poder guiar y acompañar a sus hijos en el debido uso de las redes y así prevenirlos de lo que pueda eventualmente ocurrir.

La información que se debe transmitir a las familias y docentes debe ser veraz, refleja el manejo de la sexualidad de los jóvenes proyectada a través de las redes y nuevas aplicaciones.

Si bien es cierto que los jóvenes manejan las herramientas informáticas a la perfección, existe en ellos una falta de reflexión, experiencia y previsión al momento de actuar virtualmente; y seremos los adultos -informados- quienes los ayudarán a revertir esta situación.

Es fundamental que padres de familia junto a las instituciones educativas, de manera coordinada, puedan crear redes de información que

marque una cultura de la prevención en menores de edad y estrategias de atención para enfrentar el problema cuando ya existan casos concretos⁶⁰⁶.

Los colegios y los docentes juegan un papel importante en el trabajo de la prevención de las modalidades delictivas en estudio. En este contexto, desde edades tempranas es necesario inculcar a los menores una cultura de privacidad y educarlos e informarnos acerca de que aquello que se comparte en Internet, es difícil y hasta imposible de recuperar. Ellos debe conocer acerca de los riesgos existentes al exponer sus datos personales públicamente y valorar su privacidad.

Asimismo, entiendo que sería de suma utilidad desarrollar planes de estudio en lo que se incluya la temática, así como talleres en los que participe la comunidad académica y los padres, para generar y coordinar una formación e información integral.

Sería además oportuna la elaboración de materiales didácticos específicos que brinden información y fomenten la toma de conciencia en los menores.

La educación sobre las nuevas tecnologías es una propuesta importante para las nuevas generaciones, que debe estar dirigidas a un uso seguro de las herramientas tecnológicas, que incluya el cuidado de la privacidad y una interacción respetuosa la red.

⁶⁰⁶ ZUBIETA MÉNDEZ, Xud, *Conocimientos y creencias que los padres y madres tiene sobre la utilización de Internet por parte de sus hijos de entre 6 y 9 años*, Facultad de Psicología de la Universidad de Valencia, 2015, pp. 91 y ss.

De igual manera, debe fomentarse una visión crítica del contenido de los medios de comunicación y de lo que circula a través de redes sociales o aplicaciones de mensajería, para que los menores pueda identificar contenido inapropiado, controlar quien los etiqueta y quien puede dar sus fotografías y descargárselas y difundirlas en público.

Sin perjuicio de que existen herramientas de control parental que puede ser muy útiles, entiendo que lo más importante es educar en la responsabilidad y la confianza.

Llegar a un punto de confianza y seguridad con los adultos -padres y docentes- es fundamental para que los menores puedan encontrar un espacio para comunicar situaciones de acoso y eventualmente, poner en conocimiento de la justicia.

Es fundamental, desde el punto estrictamente docente, captar la atención de los niños, adolescentes y jóvenes para, a través de talleres, charlas, conferencias, juegos, simulacros de juicio oral, conversaciones con hackers, etc., puedan incorporar que las nuevas tecnologías son una herramienta importante, pero que también pueda desarrollar internamente una reflexión sobre muchos de los problemas que ellas provoca cuando no se hace un uso responsable de las mismas.

En este contexto, es necesario efectuar algunas recomendaciones y consejos para niños, adolescentes y jóvenes no hacer públicos datos

personales íntimos si la persona es menor de edad, a desconocidos o en páginas que no tenga seguridad comprobada.

Desenvolverse con especial cuidado en las publicaciones que se hacen. Si se presencia una situación de agresión, comentarios o fotografías, o recibir contenido de carácter íntimo o sexual de una persona que también sea menor se debe denunciar. Si no se denuncia puede ser partícipe de la agresión o difusión.

No hay que responder a mensajes que intente chantajear, amenazar, insultar; y si esto ocurre, se debe comunicar inmediatamente a la persona de confianza para que pueda controlar la situación, y no refugiarse en la vergüenza o temor.

No se debe ser partícipe de *bullying* o de difusión de imágenes sexuales de personas menores, alejándose de los contenidos ofensivos o pornográficos, debiendo saber actuar cuando ello ocurre.

En caso de difusión de imágenes privadas, con daños a la intimidad e imagen, lo primero que debe hacerse, es solicitar la retirada de la información a la página web que la pública, y denunciar el hecho para la correspondiente averiguación sobre las personas que primeramente hayan difundido la imagen o video. El que publica información personal sin consentimiento atenta contra el derecho a la intimidad.

Actuar rápidamente, toda vez que la información íntima se difundirá rápidamente entre los usuarios de la aplicación o la red, pues una vez que el

video o la imagen se envían y comparten por Internet será accesible a un número indeterminado de personas y, en consecuencia, se perderá el control de la información.

Lo primero que se hará es solicitar su retirada, luego se efectuará la denuncia penal, y siempre se conservarán las fotografías y videos en el dispositivo, para demostrar que el acto de compartir su contenido se ha sin consentimiento.

La ley siempre actuará a favor de los menores de edad en casos de difusión de imágenes íntimas.

Por todo lo expuesto, la única propuesta capaz de mejorar el uso de las *TICs* por parte de los menores, será combinar medidas de prevención responsables, con un proceso educativo que cumpla un papel reproductor de valores de socialización, donde el menor asuma un rol protagónico hacia la autotransformación.

CAPÍTULO XII

PROTECCION DE DATOS

**I.- Respuestas desde la Ley de protección de datos y la
Ley de servicios de la sociedad de información y de
comercio electrónico**

La protección de la privacidad está reconocida con carácter general en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde al respecto se establece:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

El artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

Con relación a los niños, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, reconoce el derecho a la protección de la vida privada.

En el ámbito de la Unión Europea, el derecho a la protección de datos se ha reconocido como un derecho fundamental del individuo en la

carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000, cuyo artículo 8 prescribe:

“Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo legal, para fines concretos y sobre la base de consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Asimismo, en la Directiva 95/46/CE del 24 de octubre de 1995, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, se deja plasmado su objetivo en su artículo 1:

“La protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”.

En España, el derecho fundamental a la protección de datos es consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución española, que establece:

“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

La regulación instrumental del derecho fundamental a la protección de datos se encuentra contenida en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre⁶⁰⁷,

⁶⁰⁷ El artículo 1 prevé que es objeto de la ley “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos

que establece el régimen jurídico aplicable al tratamiento de datos personales, y señala que la imagen de una persona es un auténtico dato personal, al tiempo que determinadas plataformas digitales donde pueden compartirse imágenes íntimas son ficheros de datos personales a los que se aplica la ley, por lo que será de aplicación a las imágenes contenidas en páginas *web*, portales del público acceso -*YouTube*-, o perfiles de redes sociales accesibles a cantidad indeterminada de usuarios.

Para que esta actividad sea lícita, deberá respetar las exigencias contenidas en esta ley, como el consentimiento del afectado, razón por la cual la difusión del contenido aludido infringirá el derecho a la protección de datos personales.

II.- Responsabilidad penal de los proveedores de servicio de Internet

Corresponde analizar brevemente la posible responsabilidad de los prestadores de servicios a través de los cuales se comparten las imágenes o videos conforme lo establecido en la LSSI.

Es sabido que cuando se comparte imágenes se recurre a servicios de transmisión o almacenamiento de datos, siendo los más frecuentes el

fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

empleo del correo electrónico, la mensajería móvil, páginas *web*, o perfiles en redes sociales -*Facebook* o *Tuenti*-. ¿Son considerados los prestadores de estos servicios de comunicación corresponsables de las imágenes aludidas que albergan o transmiten? Es decir, ¿podría una persona cuyas imágenes se han difundido sin su permiso exigir responsabilidades a las empresas proveedoras de servicios de Internet, tales como *Google*, *Tuenti*, *Facebook*, *YouTube*, *Twitter*, etc.?

El régimen de responsabilidades de los proveedores de servicio de Internet está regulado en los artículos 13 y siguientes de LSSI, estableciendo dicho artículo que “los prestadores de servicios de la sociedad de información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley”; describiendo en los artículos 14 a 17, la específica responsabilidad de los prestadores de servicio de intermediación, distinguiendo el tipo de servicio de que se trate -provisión de acceso, almacenamiento de datos, etc-.

Es imposible controlar *a priori* la legalidad de los contenidos que albergan o transmiten, razón por la cual la norma general del régimen de responsabilidad previsto en la ley, establece la falta de responsabilidad por los contenidos siempre que cumplan dos condiciones: que no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita, o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de la

indemnización, y que cuando se tenga conocimiento, se actúe con diligencia para retirar los datos o hacer imposibles el acceso a ellos.

De este modo, los proveedores de servicio de Internet podrán incurrir en responsabilidad por almacenar o contener enlaces hacia material íntimo publicado sin consentimiento del protagonista tan sólo cuando tengan conocimiento efectivo de su existencia e ilegalidad, y no actúen con diligencia para retirar dichos datos o hacer imposible el acceso a aquellos.

El conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido alojado constituye el elemento principal que fundamenta la responsabilidad del sector privado por contenidos ajenos.

En los casos en estudio, cuando la ilicitud del contenido resulte evidente, el sujeto afectado podrá exigir la retirada del material o del enlace sin necesidad de acreditar su ilicitud oficialmente.

El proveedor del servicio, tras la denuncia del afectado, adquirirá un conocimiento efectivo de la solicitud del contenido, y quedará obligado a suprimir las imágenes o hacerlas inaccesibles. Cuando el prestador de servicios no realice tal remoción con diligencia, responderá civil, penal o administrativamente conforme las normas analizadas.

Una profunda discusión merece la posible existencia de la responsabilidad penal de las empresas proveedoras de servicio de Internet por los delitos por terceros en las investigaciones en entornos digitales,

pues, en algunos casos, se ha planteado la responsabilidad por la facilitación en la comisión delitos ajenos.

Las funciones que cumplen las empresas proveedoras de servicio de Internet pueden satisfacer distintos tramos del servicio. En esta línea, el proveedor de contenidos ofrece información, productos o servicios en las redes informáticas.

Quienes ofrecen el servicio de Internet que posibilita la interconexión entre los distintos usuarios en las redes es el *host-provider*; permitiendo el acceso de los usuarios a los distintos servidores para almacenar información, intercambiar de videos, etc.

Por último, los proveedores intermediarios de ese servicio son los que ofrecen a los usuarios motores de búsqueda en Internet -*google, Yahoo*, etc.-, facilitando una clasificación y búsqueda más rápida de la información disponible en la red.

En este marco, surge una tensión entre el ejercicio de la libertad de expresión, la autodeterminación informativa y el principio de auto responsabilidad, por un lado, y la responsabilidad penal los proveedores basada en la promoción y facilitación de delitos, por otro.

La autodeterminación informativa es un derecho que tiene toda persona sobre sus datos personales almacenados por terceros. En efecto, tiene un control sobre el derecho a la imagen, datos sensibles, información personal, familiar, social, religiosa, política, financiera, médica, etc. Ese

control sobre la información personal registrada por terceros exige el conocimiento previo por parte del titular de los datos de quién es la persona física o jurídica que los registra y con qué fin; extendiéndose esta autodeterminación informativa al derecho de eliminar o corregir los datos personales que sean incorrectos o difamatorios.

Se ha indicado⁶⁰⁸ que el complejo funcionamiento de las redes informáticas internacionales y locales, y los beneficios que este servicio acarrea para el desarrollo y el funcionamiento la sociedad de la información encarnada en la libertad de expresión, el derecho a la información y su influencia en la formación de opinión de los individuos para poder ejercer sus derechos constitucionales, colisiona frecuentemente con los derechos individuales de los potenciales afectados sobre la fidelidad de la información, su utilidad comunicativa y el ejercicio de la autodeterminación que abarca la eliminación de datos sensibles (derecho al olvido).

La creciente e incontrolable expansión de los medios informáticos y el fácil acceso a ellos, permitió la circulación de una cantidad importante de información sobre terceros que, en muchos casos, resulta inexacta, desactualizada, ofensiva para el honor y la imagen de una persona.

⁶⁰⁸ ABOSO, Gustavo Eduardo, *Derecho penal cibernético. La cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, B de F, Bs. As., 2017, p. 426.

Se alcanzó un gran aumento de casos judiciales donde los particulares solicitan el amparo judicial contra la difusión de imágenes íntimas personales o familiares, o información mendaz sobre la situación de un individuo determinado.

En este sentido, las acciones legales señaladas se han intensificado en contra de las empresas proveedoras de servicios de Internet por contenido difamatorio de una determinada información publicada idóneas para menoscabar el honor de una persona.

En la misma línea, en España se han multiplicado los reclamos administrativos y judiciales contra las empresas prestadoras de servicios de Internet respecto de información almacenadas en bases de datos que representan situaciones pretéritas que, por el simple transcurso del tiempo, hoy carecen de utilidad social, son inexactas y, en muchos casos, distorsionan la imagen y el buen nombre de una persona. Los reclamos se basan en que esa información sea eliminada de la base de datos para impedir la indexación de las noticias que perjudiquen a los demandantes.

El derecho al olvido en Internet ha sido ejercido en pocos casos ante la Agencia española de protección de datos (AEPD), con el propósito de obligar a eliminar de los motores de búsqueda dispuestos a tal fin por los proveedor de servicio relacionado con la información -lesiva- relativa a los demandantes; optimizando, en consecuencia, la libertad de expresión y prensa sin censura previa con el derecho al olvido como expresión de la

autodeterminación informativa relacionada con la protección de los datos personales.

La citada agencia española ha receptado numerosos reclamos sobre el derecho de oposición contra *Google Spain*, por el tratamiento de datos recogidos en diarios españoles en ediciones *online* que afectaba el almacenamiento de datos personales vinculados en algunos casos los hechos delictivos basados en una especie de rehabilitación informativa.

La solicitud de una regulación de los prestadores de servicios Internet se ha enfrentado con la negativa de *Google Spain* y *Google Inc.*, basada en la inaplicabilidad de la ley española de la Directiva 95/46/CE, sumado al automatismo en la búsqueda de material y el carácter de mero representante de *Google Inc.*

A través de la jurisprudencia en materia de responsabilidad de proveedores de servicio de Internet, se puede observar uno paulatino progreso de los principios que rigen en relación a la responsabilidad limitada o su exención cuando los titulares de las empresas prestadoras de servicio desconoce el contenido prohibido o lesivo del material puesto a disposición de terceros.

Las diferentes legislaciones han decidido que los proveedores de contenido e intermediarios declaración informático no son responsables, enalteciendo la libertad de expresión, el intercambio de ideas, prensa,

información, asegurando de esta forma, la protección de los pilares sobre los que se asienta el orden democrático y republicano de gobierno.

En consecuencia, existe una clara relación de tensión entre el derecho a la intimidad informática por un lado, y el libre ejercicio de la libertad de expresión y de prensa, por el otro.

El avance y la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información para publicar, comunicar y discutir ideas, se vería amenazada si se les atribuye responsabilidad civil o penal a los proveedores de servicio de Internet.

Son de considerar dos importantes precedentes sobre la determinación del alcance de la responsabilidad civil en materia de afectación al derecho a la imagen, al buen nombre y honor de víctimas, daños y perjuicios patrimoniales en el Marco de la celebración de contratos electrónicos, etc.

En la Argentina, los tribunales han reconocido una responsabilidad limitada de los medios periodísticos respecto de la publicación y difusión de contenidos propios o de terceros⁶⁰⁹; de hecho subrayó la importancia de esa limitación respecto del examen de los contenidos publicados por terceros⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ CSJN, *Campillay*, del 15/5/86 (Fallos, 308:789); Irigoyen, del 5/8/14 (Fallos 337:921; Barreiro, del 27/8/13 (Fallos 336:1324).

⁶¹⁰ CSJN, *Roviralta, H.*, del 20/10/15 (Fallos 338:1032).

En este sentido, la Corte estableció las bases de contenido y el alcance de la responsabilidad civil de los proveedores intermediarios de servicios informáticos⁶¹¹.

De acuerdo al contenido de una demanda, la actora habían promovido una acción de daños y perjuicios contra la empresa Google, y luego ampliada contra *Yahoo* de Argentina, por considerar que la difusión de imágenes personales de la demandante en portales electrónicos vinculados al ejercicio de la prostitución y/o contenido erótico y/o pornográfico habría afectado sus derechos personalísimos, y en consecuencia solicitó una medida cautelar para obtener el cese y la eliminación de dichos datos sensibles en la red de informática.

La sentencia de primera instancia condenó civilmente a las demandadas a abonar una suma de dinero el concepto de daños y perjuicios, a la vez que determinó que las empresas demandadas deberían eliminar cualquier referencia a la actora en los portales denunciados.

Una vez apelada la resolución por las demandadas, el tribunal de segunda instancia revocó parcialmente la condena civil impuesta al rechazar el reclamo contra la empresa *Yahoo*, pero admitiéndolo contra *Google* reduciendo en este caso la indemnización civil fijada en la instancia originaria.

⁶¹¹ CSJN Rodríguez M.B, c/Google s/ daños y perjuicios, de 28 de octubre de 2014.

Tanto la actora como *Google* interpusieron recursos extraordinarios que habilitaron la jurisdicción del máximo Tribunal.

En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia resolvió por mayoría rechazar el recurso federal presentado por la actora, y hacer lugar en cambio, al recurso interpuesto por *Google*, y dejar sin efecto la sentencia.

Existe una relación de tensión entre la libertad de expresión e información, por un lado, y los derechos al honor y la imagen por otro.

Es en esta situación de conflicto que la postura mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se inclinó por resguardar los derechos a la libertad de expresión y a la información, mencionando que esos derechos se aplican extensivamente a los contenidos que circulan por Internet, en función de lo previsto por el artículo 13 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo a la interpretación realizada por los organismos internacionales en materia de tutela de derechos fundamentales⁶¹².

En consecuencia, la responsabilidad de los proveedores intermediarios que servicio de informático está condicionada al conocimiento fehaciente de contenido puesto en circulación por un tercero

⁶¹² ABOSO, Gustavo Eduardo, *Derecho penal cibernético. La cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, B de F, Bs. As., 2017, pp. 450 y ss.

y el deber que emerge de ese conocimiento de eliminar o restringir esa transmisión de datos mediante la aplicación de filtros especiales⁶¹³.

Por su parte, respecto a España, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió un conflicto entre la protección de los datos personales y el ejercicio de la autodeterminación informativa, por un lado, y la libertad de información y la responsabilidad de los proveedores de servicio de Internet, por otro⁶¹⁴.

Un ciudadano español había demandado la eliminación de los datos relacionados a una antigua deuda previsional que fue posteriormente saldada. La deuda se remontaba a 1998, y el titular del periódico se negó a su eliminación basada en la circunstancia de que la publicación había sido ordenada por el ministerio de trabajo y asuntos sociales⁶¹⁵.

Teniendo en cuenta que el demandante había solicitado a *Google* la eliminación de las búsquedas relacionadas, sin obtener respuesta alguna, presentó un reclamo a la agencia española de protección de datos con el propósito de que se obligara a eliminar a la editorial del periódico y a los responsables de *Google* cualquier enlace o información respecto de su persona y a la deuda previsional que había generado el embargo sufrido tiempo atrás. La demanda fue aceptada parcialmente, al intimar la agencia a

⁶¹³ ABOSO, Gustavo Eduardo, *Derecho penal cibernético. La cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, B de F, Bs. As., 2017, pp. 450 y ss.

⁶¹⁴ ABOSO, Gustavo Eduardo, ob. cit., pp. 450/4.

⁶¹⁵ ABOSO, Gustavo Eduardo, ob. cit., pp. 450 y ss.

Google Spain y Google Inc. a tomar las medidas técnicas necesarias para limitar la información indexada como resultado de la búsqueda realizada a través del servicio prestado por las accionadas que estuviese relacionada con la persona del actor. En cambio, respecto de la editora del periódico, la autoridad de aplicación rechazó la demanda por entender que ella había procedido a cumplir con la publicación de datos provenientes del informe de la autoridad previsional española⁶¹⁶.

Google Spain y Google inc. Apelaron la medida ante la Audiencia Nacional, órgano judicial que decidió suspender el trámite de los recursos y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión europea varias cuestiones prejudiciales relacionadas sobre el alcance de la aplicación de la directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por los proveedores intermediarios de servicios de Internet⁶¹⁷.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció el ámbito de aplicación de la citada directiva sobre el tratamiento de datos personales, entendiéndose por ello como cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas o mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como el registro, organización, conservación,

⁶¹⁶ ABOSO, Gustavo Eduardo, *Derecho penal cibernético. La ciber criminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, B de F, Bs. As., 2017, pp. 450 y ss.

⁶¹⁷ ABOSO, Gustavo Eduardo, ob. cit., pp. 450 y ss.

elaboración, o modificación, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma, así como el bloqueo supresión o destrucción⁶¹⁸.

La aplicación de las referidas normas estaba supeditada a dos condiciones: la de información sobre una persona física identificada, y la existencia de un proceso de almacenamiento literal de datos personales con el propósito de su tratamiento con el objeto de su utilización.

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estimo que, la actividad del motor de búsqueda constituye un tratamiento de datos, por lo que se deriva una responsabilidad por el proveedor intermediario del servicio de Internet en función del resultado arrojado por la tarea automatizada de búsqueda de datos. Este argumento fue objetado por *Google* al decir que el servicio que presta es el de almacenamiento de datos o *hosting*, sobre comercio electrónico, en cuyo caso el proveedor de servicios carece de responsabilidad de datos almacenados a petición del destinatario, con excepción de que haya existido conocimientos sobre la ilicitud de los datos almacenados, y en su caso, haya procedido a su eliminación⁶¹⁹.

⁶¹⁸ ABOSO, Gustavo Eduardo, *Derecho penal cibernético. La ciber criminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, B de F, Bs. As., 2017, pp. 450 y ss.

⁶¹⁹ ABOSO, Gustavo Eduardo, ob. cit., pp. 450 y ss.

Por su parte, en cuanto a la responsabilidad por los contenidos publicados en Internet, se han señalado las discrepancias surgidas sobre la materia⁶²⁰ en la doctrina y la jurisprudencia, que pueden ser encuadradas en tres grupos. Uno de ellos entiende que los buscadores, como intermediarios y no generadores de los contenidos, nunca deben responder por los daños que pudieran derivarse de los contenidos perjudiciales a los que se accede mediante su utilización. Otro estima que los buscadores son objetivamente responsable por el riesgo de su actividad, ya que ésta permite una amplificación de la publicidad dañina⁶²¹.

La tercera postura -a la que personalmente me adhiero- considera que los buscadores, en tanto intermediarios y no productores de contenidos, no son responsables, salvo que, debidamente notificados, no actúen con diligencia para bloquear el acceso, por su intermedio, ha dichos contenidos lesivos y que el factor de atribución es subjetivo⁶²².

También existen cuestiones relativas a los mecanismos de notificación por parte de los usuarios afectados por estos contenidos, que podemos dividir entre los sistemas de notificación privada o a cargo del afectado -como lo regulan las normas estadounidenses- y los que requieren

⁶²⁰ MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Ciberdelitos. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*, Dir. DUPUY, Daniela, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016, pp. 564 y ss.

⁶²¹ MOLINA QUIROGA, Eduardo, ob. cit., pp. 564 y ss.

⁶²² MOLINA QUIROGA, Eduardo, ob. cit., pp. 564 y ss.

la intervención de una autoridad competente, como ocurre con la mayoría de las leyes europeas, distinguiéndose en este grupo quienes interpretan que la autoridad competente puede ser sólo judicial y los que admiten que también puede provenir de un órgano administrativo.

Otra cuestión que ha suscitado debate en el momento actual es la relativa a si en el contexto de un sistema de notificación por autoridad competente es admisible que en caso de daño evidente, sea suficiente para acreditar el conocimiento efectivo sobre el carácter ilícito de la información a la que derivan los buscadores, la notificación del damnificado.

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶²³ se preguntó si, a los fines del efectivo conocimiento requerido para la responsabilidad subjetiva, es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al buscador o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente.

Es un tema que encuentra diferente solución en el Derecho estadounidense, que sigue el sistema de *notice and take down*, y en el Derecho europeo, que exige la notificación de una autoridad competente.

La mayoría entiende que, en ausencia de una regulación legal específica, conviene sentar una regla que distinga nítidamente los casos en

⁶²³ CSJN, 28/10/14, R., M. B vs. Google y Yahoo.

que el daño es manifiesto y grosero, de otros casos que son dudosos o exige un esclarecimiento⁶²⁴.

El voto de la mayoría de la Corte Suprema realiza una enumeración de casos de “manifiesta ilicitud” y afirma que la naturaleza ilícita -civil o penal-de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, cine preferida una otra valoración ni esclarecimiento. Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al buscador que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces y que por tales razones, en esto caso corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada⁶²⁵.

El voto de minoría expresa que sólo habrá responsabilidad, además del caso de notificación fehaciente, cuando el contenido de la publicación sea expresamente prohibido o resulte una palmaria ilicitud, como por

⁶²⁴ MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Ciberdelitos. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*, Dir. DUPUY, Daniela, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016, pp. 564 y ss.

⁶²⁵ MOLINA QUIROGA, Eduardo, ob. cit., pp. 564 y ss.

ejemplo, la incitación directa y pública al genocidio, la pornografía infantil⁶²⁶.

III.- Perspectiva comparada

La Directiva europea 2000/31 EC establece en su artículo 15.1: “los Estados Miembro no impondrán a los prestadores de servicio una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14”⁶²⁷.

La Ley española 34 de 2002 establece que los prestadores que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenido, no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios (art. 17.1).

La inexistencia de una obligación de vigilancia fue resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el sentido de que realizar una supervisión general de los datos que transmita en su red para evitar

⁶²⁶ MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Cibercrimen. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*, Dir. DUPUY, Daniela, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016, pp. 564 y ss.

⁶²⁷ *Vid.*, al respecto, ALTMARK, Daniel R., MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Tratado de Derecho informático*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 42.

descargas ilegales de archivos protegidos por derechos de autor. La sentencia asegura que el establecimiento de este tipo de sistema de filtrado vulneran los derechos fundamentales de los clientes, como la protección de datos y la libertad de recibir y comunicar informaciones, y también infringe la libertad de empresa⁶²⁸.

En Estados Unidos, el artículo 230 de la *Communications Decency Act* establece que ningún proveedor de servicios informáticos interactivos será tratado como editor o vocero de información proporcionada por otro proveedor de contenidos informáticos⁶²⁹.

En razón a lo expuesto, no se puede obviar hacer referencia a los mecanismos legales utilizados por los investigadores judiciales y policiales para individualizar a las direcciones IP⁶³⁰, desde donde se difundieron, cedieron o publicaron las imágenes o videos íntimos, adoptados para individualizar a los autores del hecho delictivo.

Las investigaciones en entornos digitales son *per se* innovadoras, pero más aún las cuestiones que surgen cuando el autor se encuentre en un

⁶²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, 24/11/11, *Scarlet Extended S.A vs. Societe belga des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL SABAM*, citado en ALTMARK-MOLINA QUIROGA, *Tratado de Derecho informático*, ob. cit., pp. 42 y ss.

⁶²⁹ MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Cibercrimen. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*, Dir. DUPUY, Daniela, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016, pp. 564 y ss.

⁶³⁰ Una dirección IP es un número que identifica, de manera lógica y jerárquica, a una interfaz en red -elemento de comunicación/conexión-, de un dispositivo -como computadora, tableta, smarthphone- que utilice el protocolo IP -Internet Protocol-.

país, pero los datos que necesita la justicia para proceder se encuentran en otro país y el servidor en otra jurisdicción. En razón de la transnacionalidad de los delitos y la necesidad de actuar con urgencia, pues la evidencia digital es volátil, los principios tradicionales de soberanía y de territorialidad se desdibujan ante la carencia de límites que posee Internet.

IV.- La nueva ley *Cloud Act*: su impacto en investigaciones en entornos digitales

Hoy en día resulta necesario, en el marco de las investigaciones penales en entornos digitales⁶³¹, contar con cierta información digital que se encuentra en poder de los proveedores del servicio de comunicaciones electrónicas por Internet. Esas compañías se encuentran -en la mayoría de los casos- fuera de la Argentina. Los instrumentos de Cooperación Internacional tradicionales han demostrado su ineficacia como medio para obtener la información de manera oportuna y ágil. Esas circunstancias han sido debatidas en el caso *Microsoft/Irlanda*, cuyo desenlace ha sido observado desde todo el mundo. A raíz del caso, Estados Unidos sancionó recientemente una ley que intenta dar respuesta a este nuevo desafío que

⁶³¹ DUPUY, Daniela, KIEFER, Mariana, *Cibercrimen*, II, *Nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al Derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación Internacional y Victimología*, Dir. DUPUY, Daniela, Ed. B de F, Buenos Aires, Octubre 2018, pp. 357 y ss.

presentan los desarrollos tecnológicos, poniendo en pugna la persecución penal del Estado vs. la protección de datos y el derecho a la privacidad y a la intimidad.

V.- Planteamiento del problema

Los esfuerzos para proteger a la ciudadanía y combatir la delincuencia grave se han visto obstaculizados por la imposibilidad de acceder a datos almacenados fuera de Estados Unidos y que se encuentran en custodia de las empresas proveedoras de servicio de Internet sujetos a la jurisdicción de ese país.

Asimismo, los gobiernos extranjeros también buscan, cada vez más, acceder a datos electrónicos en poder de las empresas de tecnología en Estados Unidos para combatir delitos, toda vez que este se ha convertido en un país central, por encontrarse allí la mayoría de los proveedores de servicios de Internet⁶³².

⁶³² DUPUY, Daniela, KIEFER, Mariana, *Cibercrimen, II, Nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al Derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación Internacional y Victimología*, Dir. DUPUY, Daniela, Ed. B de F, Buenos Aires, Octubre 2018, pp. 357 y ss.

⁶³² La traducción literal sería “Ley de la Nube”. Sus siglas en inglés.

Las empresas de tecnología y comunicación se enfrentan a potenciales conflictos legales cuando los gobiernos piden datos que podrían colisionar con las leyes extranjeras.

La promulgación de la ley denominada “*Cloud Act*”⁶³³ propone acuerdos internacionales entre países que resolverían estos conflictos, con el compromiso de respetar la protección de la privacidad y las libertades civiles de los usuarios.

La *Cloud Act*⁶³⁴ es una ley federal de Estados Unidos, promulgada el 23 de marzo de 2018. La norma fue presentada en el mes de febrero pasado ante el Congreso de Estados Unidos por una comisión compuesta por miembros de diferentes partidos norteamericanos. Sin embargo, su aprobación se ha producido sin ningún debate, y fue introducida como parte de la *Consolidated Appropriations Act, 2018*, una enorme ley presupuestaria de más de dos mil doscientas páginas de extensión, destinada a tratar el cierre financiero del gobierno federal, pudiéndose encontrar en la última sección la ley de referencia.

⁶³³ La traducción literal sería “Ley de la Nube”. Sus siglas en inglés significan *Ley Aclaratoria del Uso Legal de Datos en el Extranjero (Clarifying Lawful Overseas Use of Data)*. De ahora en más nos referiremos a dicha Ley como “*Cloud Act*”.

⁶³⁴ H.R.1625 - 115th Congress (2017-2018), “*Clarifying Lawful Overseas Use of Data*” que se encuentra en la Ley “*Consolidated Appropriations Act, 2018*”. Disponible en idioma inglés en <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/1625/text>. Visitado por última vez el 25 de agosto de 2018.

Lo expuesto llamó la atención, pues la ley tiene implicancias para debatir en el orden interno norteamericano y en el ámbito internacional, como veremos seguidamente.

Lo cierto es que, en el marco de una investigación penal, el acceso por parte de las autoridades judiciales de un país determinado a datos alojados en extraña jurisdicción a través de la cooperación de la empresa proveedora de servicios en internet, viene generando problemas jurídicos tanto para el Derecho procesal penal como para el Derecho internacional, cuyas normas de jurisdicción para la obtención de prueba están basadas en el principio de territorialidad.

Este tema también genera conflictos sobre la aplicación de normas de protección de datos vigentes en los distintos países involucrados y en las normas internacionales sobre protección de datos personales.

Por ejemplo, en el mes de mayo de este año entró en vigor el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales⁶³⁵ y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo

⁶³⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) que en su artículo 48 prevé: “*Artículo 48:* “Transferencias o comunicaciones no autorizadas por el Derecho de la Unión. Cualquier sentencia de un órgano jurisdiccional o decisión de una autoridad administrativa de un tercer país que exijan que un responsable o encargado del tratamiento transfiera o comunique datos personales únicamente será reconocida o ejecutable en cualquier modo si se basa en un acuerdo internacional, como un tratado de asistencia jurídica mutua, vigente entre el país tercero

Europeo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos⁶³⁶.

Desde el ámbito de la política internacional, en supuestos en los que un Estado accede a datos alojados en extraña jurisdicción, puede interpretarse por parte de algunos países y organismos internacionales, como violatorio a la Soberanía Nacional del Estado en el que los datos informáticos están alojados⁶³⁷.

Las complicaciones más frecuentes a las que se enfrentan los investigadores consisten en poder entender la inexistencia de fronteras físicas y la aceptación del desdibujado principio de territorialidad y soberanía de los Estados que surge en el marco de las investigaciones en entornos digitales.

requiriente y la Unión o un Estado miembro, sin perjuicio de otros motivos para la transferencia al amparo del presente capítulo”.

⁶³⁶ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

⁶³⁷ El acceso transfronterizo de datos y el acceso a datos en la nube es tratado en profundidad por Marcos SALT, en su Tesis titulada *Nuevos desafíos de la evidencia digital: acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos*, Buenos Aires, AD-HOC, 2017, pp. 187 y ss.

La práctica demuestra que en este tipo de investigaciones, para lograr su eficiencia, se requiere inexorablemente acceder a información alojada físicamente en extraña jurisdicción y, sin esa información, se vuelve imposible continuar con la persecución penal⁶³⁸.

Pero además de lo señalado, esa información no solamente significa un dato fundamental para el avance de la investigación, sino que también, y en razón del carácter volátil de los datos necesarios, deviene fundamental contar con ella de manera inmediata. Hoy acudir a los mecanismos tradicionales de Cooperación Internacional -como el MLAT⁶³⁹- implicaría poner en riesgo el avance de la investigación, pues los tiempos que demandan su tramitación perjudican el éxito de aquella.

En consecuencia, y ante la ineficacia de estos mecanismos tradicionales de Cooperación Internacional en materia penal, actualmente representa una costumbre internacional, obtener los datos mediante una comunicación directa de los investigadores de un Estado determinado con las empresas del sector privado ubicada en extraña jurisdicción, en cuyos

⁶³⁸ DUPUY, Daniela, KIEFER, Mariana, *Cibercrimen, II, Nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al Derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación Internacional y Victimología*, Dir. DUPUY, Daniela, Ed. B de F, Buenos Aires, Octubre 2018, pp. 357 y ss.

⁶³⁹ Tratados de Asistencia Legal Mutua. En Argentina se celebró el Tratado de Asistencia Mutua en Asuntos Penales con el Gobierno de Estados Unidos, Ley 24.034, sancionada el 27 de Noviembre de 1991 y promulgada 21 de diciembre del mismo año.

servidores están alojados físicamente los datos necesarios para un proceso penal.

En ese sentido, se ha señalado: “La carencia de herramientas procesales que prevean esta nueva realidad o de canales de cooperación internacional entre países que permita la obtención de evidencia transfronteriza de manera legítima y con la rapidez que la investigación requiere constituye un obstáculo tanto para la eficacia de la investigación como para la plena vigencia de las garantías no solo de los imputados de un delito, sino también de terceras personas -ISP- que pueden resultar afectadas por las distintas modalidades de acceso transfronterizo realizadas de hecho por las autoridades de los diferentes países⁶⁴⁰”.

En consecuencia, es peligroso para las libertades individuales que un Estado acceda a datos alojados en extrañas jurisdicciones fuera de un marco que regule los principios y garantías de las personas afectadas por la intervención estatal.

En este sentido, varios países se encuentran debatiendo los desafíos ya indicados y ensayando posibles respuestas y soluciones⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ SALT, Marcos, Nuevos desafíos de la evidencia digital: acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos, AD-HOC, Buenos Aires, 2017. p. 199.

⁶⁴¹ En este sentido, se pueden consultar dos propuestas elaboradas por la Comisión Europea sobre la designación de representantes de las empresas prestatarias de servicios en internet y un reglamento sobre órdenes de entrega y conservación de pruebas electrónicas, todo ello en el marco de investigaciones penales y en relación a compañías con asiento en la Unión Europea, o que prestan servicios en la misma, sin perjuicio del lugar en que alojen sus datos: “Proposal for a Directive of the European

Entendemos que la *Cloud Act* viene de alguna manera, más allá de la falta de debate y de las preocupaciones que causa a los organismos civiles, a iniciar un camino que requiere inexorablemente de una regulación inmediata de cooperación internacional entre países que posibilite la obtención transfronteriza de datos de manera legítima y con la rapidez que este tipo de investigaciones requiere.

VI.- Acuerdos de Asistencia Legal Mutua (MLAT)

Teniendo en cuenta que muchos de los proveedores de servicios de Internet tienen asiento en países extranjeros, ¿cómo solicitaremos desde la Argentina los datos de comunicaciones relacionados a un usuario que estamos investigando? La Ley 24.034⁶⁴² aprobó el Tratado de Asistencia Mutua en Asuntos Penales con el Gobierno de Estados Unidos, con el objeto de intentar mejorar la eficacia en las investigaciones mediante la cooperación y asistencia mutua⁶⁴³.

Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings. COM/2018/226 final - 2018/0107 (COD). Strasbourg, 17.4.2018” y “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters. COM/2018/225 final - 2018/0108 (COD). Strasbourg, 17.4.2018”.

⁶⁴² ob. cit., 6.

⁶⁴³ DUPUY, Daniela, KIEFER, Mariana, *Cibercrimen, II, Nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al Derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital.*

El acuerdo prevé un mecanismo que aspira a lograr una comunicación más ágil a la hora de requerir información alojada en el país extranjero, aunque en la práctica esto no sucede⁶⁴⁴.

En el marco de las investigaciones llevadas a cabo en la Fiscalía Especializada en Delitos Informáticos, hemos utilizado dicho instrumento para la solicitud de datos de contenido⁶⁴⁵ de usuarios investigados en el marco de casos penales a ciertos proveedores del servicio de comunicaciones con asiento en Estados Unidos, previa autorización del Juez en atención a las protecciones previstas en nuestra Constitución en relación a la privacidad de las comunicaciones.

El trámite debe cumplir con ciertas formalidades previstas en el Tratado y los pasos a seguir son los siguientes:

1. Se dirige la solicitud al Director Nacional de Cooperación Internacional Jurídica del Ministerio de Justicia de la Nación, acompañando el oficio al Fiscal y/o Juez norteamericano en donde se detalla la relación entre el cliente respecto del que se solicita la información

Cooperación Internacional y Victimología, Dir. DUPUY, Daniela, Ed. B de F, Buenos Aires, Octubre 2018, pp. 357 y ss.

⁶⁴⁴ Ver artículo 1 (2) (b): “1. Las Partes Contratantes conforme a lo dispuesto en el presente tratado, se prestarán asistencia mutua, en materia de prevención, investigación y enjuiciamiento de delitos, y en los procedimientos relacionados con cuestiones penales. 2. La asistencia comprenderá:... b) la facilitación de documentos, expedientes y elementos de prueba”.

⁶⁴⁵ Permiten determinar la información intercambiada por las partes que intervinieron en la comunicación.

y el delito investigado⁶⁴⁶. De esta forma, el pedido es remitido al Ministerio de Justicia para su diligenciamiento, quien luego lo remitirá a la Oficina de Asuntos Internacionales en la División Criminal del Departamento de Justicia de Estados Unidos.

2. Esta oficina realiza una revisión de la solicitud de asistencia y en caso de considerar que la misma posee toda la información y cuenta con el formato requerido, transmite el pedido a un Fiscal con jurisdicción en el lugar donde la evidencia se encontraría (por ejemplo, donde se hallan las oficinas comerciales de Google o de Microsoft en caso de requerir contenido de correos electrónicos cuyo servicio es ofrecido por esas empresas).

3. El Fiscal lo remite a una Corte de Distrito Federal solicitando una orden de presentación u orden de registro.

4. Antes de autorizar el pedido, la Corte revisará el pedido para asegurar el cumplimiento del Tratado de Asistencia Mutua y el respeto a las Leyes y Constitución Norteamericana.

5. En caso de que esos requisitos estén cumplimentados, se emite la orden a la empresa prestataria.

⁶⁴⁶ Ver artículo 4 (2): 2. La solicitud habrá de incluir lo siguiente: a) el nombre de la autoridad encargada de la investigación, del enjuiciamiento o de los procedimientos a que la solicitud se refiera; b) la descripción del asunto y la índole de la investigación, del enjuiciamiento o de los procedimientos, con mención de los delitos concretos a que el asunto se refiera; c) la descripción de las pruebas, de la información o de otro tipo de asistencia que se solicite, y d) la declaración de la finalidad para la que se solicitan las pruebas, la información u otro tipo de asistencia.

6. La respuesta de la compañía es recibida por la Justicia.

7. La información suministrada es remitida a la Oficina de Asuntos Internacionales ya mencionada y al FBI. Estas oficinas estatales revisan el material con el fin verificar si la información divulgada por la empresa guarda relación con requerido por el país solicitante⁶⁴⁷.

¿Cuánto tarda este proceso? De acuerdo a un informe realizado en Estados Unidos, todo el proceso detallado (una vez que el pedido llega a la Oficina de Asuntos Internacionales) toma alrededor de diez (10) meses; período que se corresponde con la demora de los requerimientos realizados desde la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶⁴⁸. Ello, en caso de que todas las revisiones a las que fuera sometido el pedido fuesen exitosas.

Como se advierte, el mecanismo requerido por el MLAT detallado más arriba es sumamente lento y no está a la altura del rápido desarrollo de la tecnología y su correlativa necesidad de una intervención rápida y eficaz por parte de las autoridades judiciales frente a la comisión de un delito⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ MULLIGAN, Stephen P., *Cross-Border Data Sharing Under the Cloud Act*, CRS report prepared for Members and Committees of Congress, 23 de abril de 2018, p. 14.

⁶⁴⁸ Ver President's Review Group on Intelligence & Communications Technologies, *Liberty and Security in a Changing World*, Report and Recommendations 227, (2013).

⁶⁴⁹ DUPUY, Daniela, KIEFER, Mariana, *Sistema penal e informático. Ciberdelitos. Evidencia digital. Tics*, dir. Riquert, Marcelo A., coord. Sueiro, Christian, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, pp. 219 y ss.

VII.- Contexto legal en Estados Unidos: Ley de privacidad de Comunicaciones electrónicas y Ley de comunicaciones almacenadas

En el año 1986, el Congreso de Estados Unidos aprobó la Ley de Privacidad de Comunicaciones Electrónicas⁶⁵⁰ -ECPA- que reguló el desarrollo de las nuevas tecnologías. La ley está estructurada en tres Títulos: El Título I se aboca a la regulación de la interceptación en tiempo real de comunicaciones orales o electrónicas⁶⁵¹.

El Título II regula el acceso a comunicaciones electrónicas almacenadas y es denominada “Ley de Comunicaciones Almacenadas”⁶⁵², resultando aplicable a diferentes formas de comunicación electrónica, como así también a los datos relacionados a estas: emails, mensajes de texto, mensajes privados, publicaciones o comentarios realizados a través de diferentes redes sociales⁶⁵³. Ofrece a los usuarios protección de la privacidad de los datos en posesión de los proveedores del servicio de comunicaciones electrónicas o de los proveedores de su almacenamiento o procesamiento remoto. Finalmente, el Título III regula el uso de

⁶⁵⁰ *Electronic Communications Privacy Act*, Pub. L. No. 99-508 (1986). 18 U.S.C § 2701-11.

⁶⁵¹ *Wiretap Act* 18 U.S.C § 2510-22.

⁶⁵² *Stored Communications Act*- SCA.18 U.S.C § 2701-11.

⁶⁵³ MULLIGAN, Stefen P., ob. cit. p. 3.

dispositivos que permiten capturar información asociada a las comunicaciones, como ser números de teléfono marcados⁶⁵⁴. La *Cloud Act* enmendó en marzo de este año la Ley de Privacidad de Comunicaciones Electrónicas -ECPA-, como veremos más adelante.

Por su parte, la Ley de Comunicaciones Almacenadas prevé dos componentes fundamentales como excepción a la regla general, que es la prohibición de divulgación de datos relacionados a comunicaciones electrónicas por parte de los proveedores del servicio de comunicaciones electrónicas o de los proveedores de su almacenamiento o procesamiento remoto⁶⁵⁵.

El primero de ellos detalla los supuestos de divulgación voluntaria de la información por parte de las empresas prestatarias de servicios en Internet, y el segundo, los mecanismos necesarios que el gobierno debe satisfacer para ordenar la revelación de esa información a las compañías.

En el primer caso, la ley prevé específicos supuestos en los que la revelación voluntaria de datos por parte de la empresa que presta servicios al público está permitida. La ley diferencia entre la divulgación de datos de contenido de las comunicaciones y otros datos relacionadas a las mismas.

En relación a los datos de contenido, se prevén ocho supuestos: cuatro de ellos son de sentido común, por ejemplo si la persona cuyos derechos serían

⁶⁵⁴ *Pen Register Statute*. 18 U.S.C § 3121-27.

⁶⁵⁵ Ver artículo 18 USC § 2702 (a).

afectados consiente la divulgación. Entre las cuatro excepciones restantes encontramos que la empresa prestataria puede divulgar la información del cliente en caso de emergencia grave o cuando inadvertidamente descubre evidencia relacionada a un delito; por ejemplo, se encuentra específicamente prevista la situación en que la empresa advierta imágenes de pornografía infantil en la cuenta del cliente⁶⁵⁶, situación que da origen a muchos casos que llegan a nuestro país a través del *National Center for Missing and Exploited Children* (NCMEC). En consecuencia, estos supuestos constituyen las excepciones que permiten la divulgación de datos de contenido por parte de los proveedores del servicio de comunicaciones electrónicas o de los proveedores de su almacenamiento y procesamiento remoto, sin requerimiento específico previo. En el caso de otros datos relacionados a las comunicaciones, los supuestos para la divulgación voluntaria resultan muy similares a los detallados anteriormente⁶⁵⁷.

El segundo componente está relacionado a los mecanismos previstos para que el Gobierno ordene la revelación de datos personales, que podrían resumirse de la siguiente forma: la ley ofrece tres procedimientos según el grado de intrusión que representan respecto del tipo de dato requerido.

En el escalón más bajo se encuentra el requerimiento de información⁶⁵⁸, por ejemplo, por parte del Fiscal en nombre del Gran Jurado. A través de esta solicitud, se logra obtener información básica del

⁶⁵⁶ Ver artículo 18 USC § 2702 (b). Específicamente (b) (6) en lo referido al NCMEC.

⁶⁵⁷ Ver artículo 18 USC § 2702 (c)

⁶⁵⁸ En inglés denominado específicamente “*subpoena*”.

usuario. Este tipo de solicitud, combinada con un aviso previo al cliente, permite obtener tres categorías de información: información básica del usuario, correos electrónicos leídos que fueron almacenados, u otros archivos almacenados temporalmente, como e-mails no leídos, por más de 180 días.

El segundo procedimiento que se prevé es una orden de presentación emanada de una Corte, con aviso previo al cliente y a través de la cual se puede obtener la misma información que con el requerimiento anterior, como así también otros datos como la historia de todos los correos electrónicos recibidos y enviados por el cliente (no así su contenido). Para este caso, el Fiscal debe demostrar que cuenta con elementos que permitan razonablemente suponer que la información será relevante para la investigación penal en curso.

El tercer y último mecanismo previsto es la orden de registro, que resulta necesaria para poder hacerse de todos los datos e información obrante en una cuenta de correo, por ejemplo correos no leídos almacenados por menos de 180 días y sin aviso al cliente. El estándar requerido para la orden de registro es mayor que el necesario para la orden de presentación emanada por una Corte⁶⁵⁹.

⁶⁵⁹ KERR, Orin, *Computer Crime Law. Fourth Edition*, American Casebook Series. West Academic Publishing, 2018, p. 681 y Davis, Frederick T., *A U.S. Prosecutor's Access to Data Stored Abroad – Are There Limits?*, pp. 4 y 5. Publicado en *The International Lawyer*. A triannual publication of the ABA/SECTION of

VIII.- El caso *Microsoft/Ireland* como precedente de la *Cloud Act*

El 4 de diciembre de 2013, un Juez a cargo de un Tribunal de Distrito de Nueva York emitió una orden de registro en un caso en el cual se investigaba a una persona que poseía una cuenta de correo electrónico de la empresa *Microsoft Corp.* La solicitud de la orden de registro, se basó en el estándar de “causa probable”⁶⁶⁰ y fue dirigida principalmente a recopilar los contenidos de todos los correos electrónicos del sospechoso como así también otros datos relacionados a esa cuenta: datos de creación, *logs* de conexión, etc.

Una vez presentada la orden emitida por el Magistrado, *Microsoft* proveyó información básica sobre su cliente junto a una moción para anular la orden respecto de los datos de contenido solicitados, basando su requerimiento en que los datos requeridos se encontraban almacenados en Dublín, Irlanda. La empresa indicó que cumplir con la orden emitida por el

International Law, Vol. 41. Núm. 1, 2015. https://www.americanbar.org/contentdam/aba/uncategorized/international_law/til_49-1_cpy_authcheckdam.pdf.

⁶⁶⁰ Aquí alude al estándar de “*probable cause*”. De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia norteamericana, es un estándar sustantivo que define el nivel de sospecha necesario para poder registrar o secuestrar determinadas personas, inmuebles, cosas... La Corte norteamericana lo ha definido como “razonable de acuerdo a las circunstancias totales del caso”. *Vid.* LIVINGSTON, Debra y otros, *Criminal Procedure. Investigation and right to Counsel*, 3ª. edición, Editorial Wolters Kluwer, pp. 417 y 432. El mecanismo para solicitar una orden de registro y secuestro en estos términos se encuentra en la Reglas Federales de Evidencia, Procedimiento Criminal, Artículo 41.

Juez implicaría aplicar extraterritorialmente las leyes norteamericanas. El juez denegó la moción, argumentando que la orden prevista en la ley, en este caso, se ejecutaba como un mero requerimiento, ya que los agentes del gobierno no debían ingresar en ningún lugar de la empresa para buscar y apoderarse de la cuenta de correo electrónico; tan solo se esperaba que la compañía suministrara la información en su posesión, independientemente de su ubicación⁶⁶¹.

La empresa *Microsoft Corp.* apeló la decisión y el Tribunal del Segundo Circuito revocó la decisión del Juez de Distrito con fecha 14 de julio de 2016 y, en su decisión, el Tribunal declaró que, según el texto la Ley y el análisis de extraterritorialidad realizado en *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*⁶⁶², la Ley de Almacenamiento de Comunicaciones solo tiene efectos dentro del territorio de Estados Unidos. Por lo tanto, no se podría utilizar una orden emitida por un Magistrado Nacional para obligar a la proveedora del servicio a divulgar los correos electrónicos almacenados en un país extranjero.

En consecuencia, el Departamento de Justicia presentó una petición para una nueva audiencia, para que el caso sea revisado, que fue denegada

⁶⁶¹ *Microsoft Corp. v. United States* (In the Matter of Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled and Maintained by Microsoft Corp). 829 F.3d 197 (2nd Cir. 2016).

⁶⁶² *Morrison v. National Australia Bank Ltd.* 561 U. S. 247, (2010).

el 24 de enero de 2017⁶⁶³. Esta decisión fue muy ajustada (4 jueces a favor y 4 en contra).

La Juez Susan L. CARNEY -que concurrió en la denegatoria de la nueva audiencia- afirmó que la Ley de Comunicaciones Almacenadas no aplica a los correos electrónicos almacenados en el extranjero y solo tiene efectos dentro del territorio en el que fue legislada (es decir, Estados Unidos). Argumentó que el Congreso no tenía la intención de que los procedimientos de autorización de divulgación de datos se aplicaran extraterritorialmente. Este análisis se basó en consideraciones sobre los conceptos de soberanía nacional, territorialidad y diferentes preocupaciones emanadas de los conceptos del Derecho Internacional. Afirmó que el objetivo de la ley es la protección de la privacidad del usuario, y que el lugar de la protección de la privacidad es el lugar de almacenamiento de datos. En este caso, el lugar de almacenamiento de datos es Irlanda, por lo que la aplicación del estatuto sería extraterritorial. También señaló que, para abordar las necesidades de cooperación entre países, el Gobierno ha acordado la asistencia judicial recíproca y el cumplimiento de diferentes tratados internacionales -como los MLAT- con otros Estados soberanos⁶⁶⁴.

Es muy interesante analizar las opiniones opuestas expresadas por los jueces José A. CABRANES, Dennis JACOBS, Reena RAGGI y Christopher

⁶⁶³ Microsoft Corp v. United States, ob. cit., 26.

⁶⁶⁴ Microsoft Corp v. United States, ob. cit. 26, pp. 2-12.

F. DRONEY⁶⁶⁵. Resumiré algunos de los principales argumentos. Los Jueces indicaron que la disidencia ignoraba que *Microsoft Corp.* tiene en realidad acceso a la información obrante en la cuenta de correo electrónico que se encontraba alojada en Irlanda, desde suelo estadounidense y que está legalmente en posesión de la misma. La decisión sostenida por los demás Jueces implicaría entonces que el Gobierno nunca obtendría una orden para su producción, pese a que la información se puede acceder desde suelo norteamericano, debido a que los datos se almacenan en el extranjero.

De ello se sigue que esta situación brindaría amplia protección a posibles imputados de un delito. La decisión, asimismo generará que los principales proveedores de servicios de Internet reduzcan su cooperación con la ley. En esta misma línea, indicaron que la disidencia omitió analizar la existencia de diferentes estructuras adoptadas por cada proveedor, consistente en que la información puede ser fragmentada y almacenada en diferentes países, o que la misma pueda migrar constantemente de un servidor a otro en diferentes partes del globo, y que, a veces, la ubicación en la que los datos que se almacenan fuera de Estados Unidos se desconoce. También argumentaron que es la ubicación de la divulgación del proveedor lo que determinará si la Ley de Comunicaciones Almacenadas se aplica a nivel nacional o extraterritorial. Dado que la

⁶⁶⁵ Microsoft Corp v. United States, ob. cit. 26, pp. 1-18.

divulgación y el acceso tienen lugar desde la oficina de *Microsoft Corp.* en Redmond-Washington, el caso demuestra una aplicación nacional del Estatuto.

Además, argumentaron que la orden prevista en el artículo 2703 (a) del cuerpo legal, no constituye una orden de registro tradicional, toda vez que no está dirigida a la búsqueda o secuestro de evidencia digital en el lugar, por parte de Agentes Federales. Asimismo, esta es ejecutada en relación a un individuo, que se encuentra en territorio norteamericano y sujeto a la justicia estadounidense. En consecuencia, la ejecución de la orden es una aplicación doméstica de la ley estadounidense. Justamente lo que se está solicitando es la “producción” o “presentación” de esa evidencia.

Existen varios puntos y argumentos por analizar en el presente caso, sin perjuicio de ello, nos centraremos en preguntas más generales: ¿cómo debemos proceder cuando la evidencia digital que se necesita en una investigación se almacena en un servidor extranjero? ¿Se debe considerar la evidencia en cuestión como obtenida en suelo extranjero? ¿O se puede considerar, debido a que no se necesita presencia física en el extranjero y que los datos se pueden recuperar desde el país donde se realiza la investigación, que no surgen problemas territoriales?

Como señala DAVIS⁶⁶⁶, el ejercicio de la jurisdicción ha estado tradicionalmente vinculado al territorio de un Estado. Por lo tanto, se acepta generalmente que si un Estado ejerce sus poderes jurisdiccionales en otro Estado, eso constituiría una violación de la Soberanía Nacional y principio de territorialidad.

Se indica⁶⁶⁷ que cuando la evidencia digital se encuentra en el exterior, el mecanismo implementado entre los Estados para obtener dicha evidencia se rige por la asistencia legal mutua.

Hay dos caminos a seguir:

- a. exhortos, o
- b. tratados de asistencia legal mutua (MLAT), acordados por varios países.

Sin embargo, como ya se ha indicado, la práctica demuestra que este canal de comunicación entre diferentes países en cuanto a la evidencia digital no es tan eficiente como se supone debe ser, y para cuando el país requerido analiza el MLAT, es posible que la evidencia digital ya no exista y/o haya migrado a otro servidor, en otro país. Sin embargo, en lo que respecta a la soberanía y a las preocupaciones territoriales, estos son los pasos acordados por los países para reunir evidencias ubicadas en un país

⁶⁶⁶ DAVIS, Frederick, ob. cit., 24, p. 7.

⁶⁶⁷ KERR, Orin, *Computer Crime Law*, Third Edition, West Editor, 2012, p. 752.

diferente al que se lleva a cabo la investigación criminal, como se señaló en la decisión del panel mayoritario en el caso *Microsoft/Ireland*.

Sin embargo, a veces, la información o los datos pueden almacenarse en un servidor desconocido o incluso fragmentado, lo que hace que la opción del canal *MLAT* no sea aplicable. En este escenario, ¿a quién se dirigiría el MLAT o el exhorto?

Este problema surgió en un caso en donde se requirieron datos de un usuario a la empresa *Google*, del 3 de febrero de 2017, con intervención de un Juez del Distrito de Pensilvania⁶⁶⁸.

Allí, como en el caso *Microsoft / Ireland*, se emitió una orden de registro ordenando a *Google* la producción de correos electrónicos de un cliente de dicha compañía. *Google* respondió que la empresa había fragmentado la información en diferentes servidores, ubicados en diferentes países. Indicó además que los datos migraban automáticamente de un lugar a otro. Por lo tanto, no podían conocer exactamente la soberanía de qué país se vería implicada⁶⁶⁹. En consecuencia, se negaron a revelar la información solicitada citando la decisión del Tribunal del Segundo Circuito en el caso *Microsoft/ Ireland*. Vale la pena señalar, que el acceso a toda la información podía ser habilitado por Google desde su

⁶⁶⁸ In re Warrant No. 16-960-M-01 to *Google* en Orin KERR, *Google must turn over foreign-stored emails pursuant to a warrant Court rules*. The Washington Post (February 3rd, 2017).

⁶⁶⁹ In re Warrant No. 16-960-M-01, pp. 26/27.

oficina ubicada en Estados Unidos. El juez, en consecuencia, decidió obligar a *Google* a cumplir con la orden.

En su decisión, el Juez argumentó que la conducta relevante para la Ley de Comunicaciones Almacenadas tendrá lugar en Estados Unidos, que no constituía una instancia de "búsqueda e incautación" fuera del país y, que la invasión real de la privacidad del cliente ocurriría cuando la revelación tiene lugar, es decir, en suelo americano. La mención de este caso apunta a demostrar que encontrar una solución a esta discusión parecía una expectativa lejana y extremadamente compleja, tanto desde un punto de vista legal como político.

En este sentido, se predijeron⁶⁷⁰ estos escenarios poco después de la decisión del 14 de julio de 2016, cuando el Tribunal del Segundo Distrito manifestó que no correspondía que *Microsoft Corp.* entregara los datos de contenido requeridos. El autor afirmó que no todas las estructuras de cada proveedor de servicios de Internet son iguales a las de *Microsoft*, y que la información puede dividirse y fragmentarse en diferentes servidores en distintos países. A veces, argumentó, la red es tan complicada en su estructura que la información solo puede ser consultada desde las oficinas de Estados Unidos.

⁶⁷⁰ KERR, Orin, *The surprising implications of the Microsoft/Ireland warrant case*, The Washington Post (29 de Noviembre de 2016).

Ahora bien, en el caso en análisis *-Microsoft/Ireland-*, el Gobierno apeló la resolución a la Corte Suprema⁶⁷¹.

El 27 de febrero de 2018 se desarrollaron los argumentos orales sobre las posturas sostenidas por las partes. Todos los Jueces de la Corte efectuaron preguntas y discutieron los principales puntos controversiales del caso: previsiones de la Ley de Comunicaciones Almacenadas, MLAT, principio de territorialidad, entre muchos otros. Asimismo y en el marco de esa audiencia, se indicó que la respuesta podría ser legislativa⁶⁷². Se esperaba una resolución de la Corte sobre esta temática para este año; sin embargo, la modificación efectuada a la Ley de Comunicaciones Almacenadas, a través de la denominada “Cloud Act”, generó que la Corte no tuviese necesidad de pronunciarse al respecto, ya que justamente se ofreció una solución legislativa al conflicto planteado en el caso analizado.

⁶⁷¹ *United States v. Microsoft Corp.*, 135 S. Ct. 356 (2017) (mem. granting government’s petition for certiorari)

⁶⁷² Argumentos Orales de la Corte Suprema, 27 de febrero de 2018, disponible: https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/17-2_j4ek.pdf. En tal sentido, la Juez Ginsburg expresó: “...If Congress takes a look at this, realizing that much time and - and innovation has occurred since 1986, it can write a statute that takes account of various interests. And it isn't just all or nothing. So wouldn't it be wiser just to say let's leave things as they are; if Congress wants to regulate in this brave new world, it should do it?”, p. 6.

IX.- Una respuesta legislativa: la *Cloud Act*

El Congreso resolvió el problema planteado en el caso *Microsoft/Ireland* a través de la sanción de la “*Cloud Act*”⁶⁷³, que modificó la Ley de Privacidad de Comunicaciones Electrónicas y sus tres títulos, dentro de ellos la Ley de Comunicaciones Almacenadas debatida en el caso.

Dentro de varios cambios que la legislación efectuó, podemos resaltar dos aspectos principales.

El primero relacionado al alcance de las órdenes emanadas por la autoridad norteamericana -tema tratado en el caso *Microsoft*-, y, en segundo lugar y de interés para la Argentina, el problema de países extranjeros que buscan datos relacionados a comunicaciones que administran proveedores de servicio de Internet en Estados Unidos⁶⁷⁴.

A través de la reforma de la “*Cloud Act*” se habilita -de acuerdo con los mecanismos previstos específicamente- la divulgación de los datos en

⁶⁷³ “Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act”, parte del “Consolidated Appropriations Act”, 2018, Pub. L. 115-141.

⁶⁷⁴ DASKAL, Jennifer, *Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking* 2.0. Publicado en Stanford Law Review, Volumen 71, Mayo, 2018, p. 11.

posesión de los proveedores de servicios de Internet, sin perjuicio de que dicha información se encuentre dentro o fuera de Estados Unidos⁶⁷⁵.

En relación al primer punto, es decir en cuanto a las órdenes efectuadas por Estados Unidos en casos análogos a *Microsoft*, solicitando datos a un proveedor que aloja los mismos en un país diferente, la nueva Ley establece un sistema para que la empresa prestataria pueda oponerse a dicho pedido por diferentes razones que deberán ser evaluadas por parte de los tribunales.

El proveedor de servicios al que se requiere esa información dispone de 14 días para oponerse al requerimiento solo cuando todas estas condiciones se dan en el caso: *a)* se está solicitando el contenido de las comunicaciones, *b)* el proveedor considere razonablemente que el cliente o suscriptor no sea ciudadano de Estados Unidos o que no reside Estados Unidos, *c)* la divulgación involucra la ley de un país que ha sido designado como un gobierno extranjero calificado, y *d)* la divulgación de dicha información requerida crearía un riesgo importante de que el proveedor

⁶⁷⁵ El artículo 18 U.S.C § 2713 indica, bajo el título de Conservación e información obligatoria sobre comunicaciones y grabaciones, que todo proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas o de computación remota (en la nube) deberá cumplir con las obligaciones de este capítulo para preservar, conservar en seguridad o revelar el contenido de una comunicación electrónica o por cable y cualquier registro u otra información perteneciente a un cliente o suscriptor en posesión, custodia o control de dicho proveedor, independientemente de si dicha comunicación, registro u otra información se encuentra dentro o fuera de Estados Unidos.

infringiera las leyes de un gobierno extranjero calificado, concepto que será explicado más adelante⁶⁷⁶.

Asimismo, el tribunal puede modificar o anular el contenido del requerimiento sólo si determina: *a)* que la divulgación de la información requerida provocaría que el proveedor infringiera las leyes de un gobierno extranjero calificado; *b)* considerando el conjunto de circunstancias concurrentes, el interés de la justicia determina que el proceso debe ser modificado o anulado, y *c)* el cliente o suscriptor no es natural de Estados Unidos y no reside en Estados Unidos.

A estos fines, el tribunal tendrá en cuenta, según proceda: *a)* los intereses de Estados Unidos, incluidos los intereses de investigación de la entidad gubernamental que solicita la información; *b)* los intereses del gobierno extranjero calificado en prevenir cualquier divulgación de información prohibida; *c)* la probabilidad, el alcance y la naturaleza de las sanciones que pudiese sufrir el proveedor del servicio o cualquiera de sus empleados como resultado de exigencias legales a las que pudiese estar sometido; *d)* la ubicación y la nacionalidad del cliente cuyas comunicaciones son objeto de investigación, si se conocen, y la naturaleza y alcance de la conexión del suscriptor o del cliente con Estados Unidos, o si el proceso legal se ha iniciado a solicitud de una autoridad extranjera, la

⁶⁷⁶ Ver artículo 18 U.S.C § 2703(h)(2)(A).

naturaleza y el alcance de la conexión del abonado o cliente con el país de dicha autoridad extranjera; *e)* la naturaleza y el alcance de los vínculos del proveedor y su presencia en Estados Unidos; *f)* la importancia para la investigación de la información requerida; *g)* la posibilidad de acceso oportuno y efectivo a la información a través de medios que causarían consecuencias negativas menos serias, y *h)* si el proceso legal ha sido iniciado en nombre de una autoridad extranjera⁶⁷⁷.

En el segundo supuesto, en relación a gobiernos extranjeros que buscan acceso a información de comunicaciones alojada en Estados Unidos, la *Cloud Act* permitiría superar los problemas de ineficiencia ya apuntados en relación al *MLAT* en el punto 2).

Como ya se ha indicado, la Ley enmendó los tres Títulos de la Ley de Privacidad de Comunicaciones Electrónicas para dar respuesta a solicitudes realizadas por países extranjeros, como se explicará a continuación⁶⁷⁸.

Las modificaciones efectuadas permiten requerir directamente a proveedores del servicio de comunicaciones electrónicas dirigidas al público o a los proveedores de su almacenamiento o procesamiento remoto ubicados en Estados Unidos, sin pasar por los canales de los Tratados de

⁶⁷⁷ Ver artículo 18 U.S.C § 2703 (h) (2) (B) y siguientes.

⁶⁷⁸ DUPUY, Daniela, KIEFER, Mariana, *Sistema penal e informático. Cibercriminos. Evidencia digital. Tics*, dir. Riquert, Marcelo A., coord. Sueiro, Christian, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, pp. 219 y ss.

Asistencia Mutua⁶⁷⁹: los datos que posean respecto de las comunicaciones de un cliente (datos de contenido y otros datos relacionados a la comunicación e información del usuario)⁶⁸⁰; interceptar o divulgar comunicaciones electrónicas⁶⁸¹; instalar un dispositivo de rastreo⁶⁸².

La nueva Ley remueve los obstáculos y prohibiciones legales para que la empresa pueda divulgar esos datos de comunicaciones, sin que su accionar sea ilegal⁶⁸³. Para llegar a esta instancia, el país extranjero debe haber sido considerado como un “gobierno extranjero calificado”.

¿Cómo se considera que un gobierno es un “gobierno extranjero calificado”? El mecanismo está detallado en el artículo 18 U.S.C § 2523, y prevé la celebración de un acuerdo bilateral con el Gobierno norteamericano. Como se ha señalado, el proceso es bastante complejo⁶⁸⁴ y puede resumirse de la siguiente manera:

1. El país extranjero debe celebrar un acuerdo de asistencia legal mutua con Estados Unidos que satisfaga diversos requerimientos, entre ellos se analiza si: a) El país extranjero posee leyes de fondo y forma y prácticas que demuestren respeto a las leyes y principios de no

⁶⁷⁹ KERR, Orin, *Computer Crime Law*. Summer 2018 Case Supplement, p. 35 vlta.

⁶⁸⁰ Ver artículo 18 U.S.C § 2702(b)(9).

⁶⁸¹ Ver artículo 18 U.S.C § 2511 (j).

⁶⁸² Ver artículo 18 U.S.C § 3121 (a).

⁶⁸³ KERR, Orin, ob. cit., 43, p. 35 vlta.

⁶⁸⁴ KERR, Orin, ob. cit., 43, p. 36. Ver 18 U.S.C § 2523 en donde se enumeran todos los requisitos y el mecanismo en detalle.

- discriminación, protección de la privacidad y libertades civiles. b) El país extranjero demuestra respeto a los Derechos Humanos. c) El país extranjero posee suficientes mecanismos de control y transparencia en relación a la recolección y uso de datos electrónicos.
2. Una vez celebrado, el Fiscal General, junto con la Secretaría de Estado, remiten certificación al Congreso indicando que el Estado extranjero ha sido calificado correctamente.
 3. El Congreso puede rechazar el acuerdo: Si no lo hace después de ciento ochenta días, el acuerdo entra en efecto y el Gobierno extranjero se considera como “gobierno extranjero calificado” durante cinco años, período que puede renovarse en igual cantidad de años, de manera consecutiva.
 4. El acuerdo celebrado debe ser “mutuo”: tal como el gobierno norteamericano permite a las empresas prestatarias cumplir con los requerimientos de acuerdo a las leyes de los países requirentes y respecto de los cuales se celebró el acuerdo previsto en la Ley, los gobiernos extranjeros deben permitir que aquellos proveedores que se encuentran en su país cumplan con los requerimientos legales efectuados por el gobierno de Estados Unidos.
 5. El acuerdo sólo autoriza al gobierno extranjero a obtener datos de extranjeros que residen fuera de Estados Unidos. Si el gobierno extranjero requiere datos de norteamericanos, residentes permanentes

en dicho país y otros usuarios localizados en Estados Unidos, el gobierno extranjero deberá implementar el proceso de MLAT⁶⁸⁵.

6. Está prohibido utilizar el acuerdo bilateral para solicitar a las empresas prestatarias desenscriptar datos⁶⁸⁶.

Los pedidos efectuados por un país extranjero deben cumplir ciertos requerimientos y formalidades: deben referirse a una cuenta específica, o persona, o dispositivo, o cualquier otro modo de identificación del usuario respecto del cual se requieren los datos; debe basarse en la necesidad de obtener información relacionada a la prevención, detección e investigación de delitos serios, el pedido debe estar razonablemente justificado en base a los hechos investigados, debe estar sujeto al control o revisión por parte de un Juez o Magistrado, no debe violar la libertad de expresión, no deben existir medios menos intrusivos para obtener la información requerida, entre otros. En el caso de una orden para la interceptación de una comunicación electrónica, dicha orden: i) debe referirse a un período fijo y limitado; ii) no debe tener un plazo superior al necesario para cumplir con los fines aprobados para la orden; y iii) debe emitirse únicamente si la misma información no puede obtenerse de manera razonable a través de métodos menos intrusivos. Asimismo, se prevé que el gobierno extranjero

⁶⁸⁵ DASKAL, Jenifer, ob. cit., 39, p. 14.

⁶⁸⁶ DASKAL, Jenifer, ob. cit., 39, p. 14.

acepte un control periódico en relación al cumplimiento de los términos del acuerdo⁶⁸⁷.

X.- Críticas y respaldos a la *Cloud Act*

Los críticos de la *Cloud Act* señalan que no hubo oportunidad para realizar un debate sobre sus disposiciones; pues se adjuntó a un proyecto de ley de gastos, que fue aprobado por ambas cámaras del Congreso y se promulgó el 23 de marzo de 2018.

Quienes se han pronunciado en contra de la Ley⁶⁸⁸ manifestaron que dicha legislación facilitará que los países con antecedentes deficientes en materia de Derechos Humanos obtengan datos sensibles; otorgando mucho poder al Poder Ejecutivo sin la supervisión suficiente, obteniendo un amplio dominio sobre la privacidad digital.

Estos grupos argumentaron también, que el proyecto de ley eliminó los derechos de la Cuarta Enmienda -similar al art. 18 de nuestra Carta Magna-, contra registros e incautaciones no justificados, toda vez que el gobierno podría celebrar acuerdos de cooperación eludiendo los tribunales estadounidenses y que los usuarios titulares de los datos no serían notificados.

⁶⁸⁷ Ver artículo 18 U.S.C § 2523.

⁶⁸⁸ Electronic Frontier Foundation, American Civil Liberties Union, Amnistía Internacional, Human Rights Watch y Open Technology Institute.

En consecuencia, sostienen que los estándares de respeto de Derechos Humanos no fueron precisados específicamente, siendo vaga la explicación sobre qué prácticas excluirían a un determinado país de la posibilidad de celebrar los acuerdos previstos en la *Cloud Act*. Algunos de estos grupos fundamentan su oposición en que las empresas prestatarias podrían no ser rigurosas al revisar las solicitudes de ciudadanos de otros países almacenadas en servidores en Estados Unidos, permitiendo así la obtención inapropiada de esos datos.

Es claro que, desde el ámbito de la política internacional, también existen preocupaciones. En este orden se señaló: “Escondido en el proyecto de ley General de gastos, hay una disposición que permite a Trump, y a cualquier futuro presidente, compartir correos electrónicos privados de los estadounidenses y otra información con los países que a él personalmente le gustan. Eso significa que puede llegar a acuerdos con Rusia o Turquía, con una participación casi nula en el Congreso y sin la supervisión de los tribunales estadounidenses”⁶⁸⁹.

Por su parte, la Comisión Europea había presentado un informe en su calidad de *amicus curiae* en el caso de Microsoft, en el que si bien no apoyaba específicamente a ninguna de las partes del caso, defendió el principio de territorialidad bajo el Derecho Internacional Público, de la

⁶⁸⁹ Senador Ron Wyden (D-Ore).

siguiente manera: “Desde la perspectiva de la Unión Europea y del derecho Internacional Público, cuando una autoridad pública exige que una empresa establecida en su propia jurisdicción produzca datos electrónicos almacenados en un servidor en extraña jurisdicción, los principios de territorialidad y cortesía en el derecho Internacional Público están comprometidos, y los intereses y las leyes de esa jurisdicción extranjera deben tenerse en cuenta”⁶⁹⁰.

La *Cloud Act* tuvo el apoyo del Departamento de Justicia y de las principales compañías de tecnología como Microsoft, Apple y Google. Por su parte, Microsoft manifestó que dicha Ley representa un marco legal moderno, alentando al gobierno a actualizar estos acuerdos sobre los datos con otros países: “Damos la bienvenida a la decisión de la Corte Suprema [...] a la luz de la entrada en vigor de la *Cloud Act*. Nuestro objetivo siempre ha sido una nueva Ley y acuerdos internacionales con fuertes protecciones de privacidad que gobiernen cómo recolectar evidencia digital a través de las fronteras, a la luz de la aplicación de la Ley”⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ Amicus Curiae Unión Europea en el caso US. vs. Microsoft.

⁶⁹¹ Declaraciones de Brad Smith, Presidente de Microsoft.

XI.- Síntesis

De acuerdo con los enfoques tradicionales para reunir pruebas de otro país, deberían implementarse los canales diplomáticos. Sin embargo, esta parece ser una respuesta extraña cuando la información necesaria se encuentra en la computadora de los empleados de la empresa proveedora del servicio de internet, en una oficina ubicada en Estados Unidos, a solo un clic de distancia. Esto demuestra la necesidad de repensar los conceptos de soberanía nacional y territorialidad tradicionales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los diferentes países tienen diferentes leyes con respecto al almacenamiento y la privacidad de los datos personales.

Esta discusión también se está llevando a cabo en la comunidad internacional, donde se implementaron diferentes mecanismos para tratar de mitigar estos inconvenientes, ninguno de los cuales resultó ser tan eficiente como era necesario.

Como podemos ver, la tecnología impone nuevos desafíos a los conceptos de soberanía y territorialidad. Estas ideas nacieron en un mundo físico, en un período en el que los medios electrónicos de comunicación y la revolución de la tecnología estaban lejos de ser realidad.

Estos conceptos son difíciles de conciliar con el hecho de que Internet no tiene límites ni fronteras. No hay consenso sobre la respuesta

política y legal correcta a estos fenómenos. Mientras tanto, las investigaciones criminales están en riesgo, ya que a veces la información requerida se almacena en el exterior.

El caso *Microsoft/Ireland* ha sido evidencia de los desafíos de esta nueva realidad y la sanción de la “*Cloud Act*” una aproximación a una posible solución, en la incesante búsqueda de un equilibrio entre la necesidad de la persecución penal y la protección de datos personales y la privacidad.

CONCLUSIONES

1. Los delitos contra la intimidad se encuentran previstos y sancionados en el Título X del Libro II del Código Penal español, bajo la rúbrica de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad domiciliaria, y más concretamente, en su Capítulo I, referido a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Como delito contra la intimidad, el artículo 197.7 castiga con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses a quien, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquéllas que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

2. El crecimiento de las nuevas tecnologías ha impactado favorablemente en la sociedad, pero el auge alcanzado por las mismas, en sus diferentes manifestaciones (*Twitter, Whatsapp, Telegram, Facebook,*

Instagram, Snapchat, e-mail, entre otras redes sociales), y la globalización de las nuevas técnicas de comunicación han generado un nuevo espacio delictivo, inexistente hace algunos años, y escandalosamente creciente en la actualidad, así como también han producido una importante brecha generacional que nos dificulta ejercer un control fehaciente con las herramientas limitadas que a día de hoy nos proporciona el Derecho.

El lugar que ocupa hoy la fotografía y el video en Internet, el amplio uso de *blogs*, mensajería instantánea y redes sociales, la práctica de obtención de los “*selfies*” y de subirlos online con el solo *click* de un teléfono móvil, se han expandido hasta límites inimaginables. Cada imagen subida puede ser encontrada con un buscador de imágenes en segundos. Los buscadores y las redes sociales indexan estos contenidos y forman bibliotecas casi infinitas de datos personales *on line* accesibles en forma gratuita, aunque muchas de estas fotos y videos seguramente no estén destinadas a ser difundidas, terminando finalmente en Internet en contra de la voluntad del titular de la imagen o sin el consentimiento del mismo.

La profesionalización de delincuentes que perpetran delitos a través de Internet debido a la sofisticación de las técnicas utilizadas y la disponibilidad de modernas herramientas, convierte vulnerable a la sociedad -en aspectos de privacidad, intimidad, integridad sexual, honor, patrimonio, etc.-, lo cual exige una nueva cultura y educación de los

integrantes de la sociedad, ya sea niños/as, jóvenes y adultos, con el concreto objetivo de prevenir dichos ataques.

3. La aparición de nuevas modalidades en entornos digitales obliga a evaluar si todas ellas deben ser alcanzadas por el Derecho penal como instrumento adecuado para tutelarlas. Este cuestionamiento merece un exhaustivo análisis de cada una en particular para diferenciar cuáles podrán ser tipificadas autónomamente en la legislación de fondo, o adecuarlas a los tipos penales ya existentes y, respecto de cuáles otras conductas, se interpreta que el ejercicio de determinados derechos individuales debe desarrollarse sin la intervención del Estado, y en consecuencia, determinar si otras ramas del Derecho deberán asumir su tratamiento -administrativo, civil, etc.-.

En este sentido, la ya conocida discusión en el ámbito del Derecho penal se centra en el *fenómeno expansionista*, que pretende una constante ampliación de la esfera de intervención del Derecho penal, en confrontación, por otro lado, con la observancia del principio de *ultima ratio* e intervención mínima.

Las ventajas del primer sistema consisten en que, con la rápida evolución de los avances tecnológicos, el bien jurídico protegido mediante la comisión de las nuevas y modernas modalidades delictivas, podrá delimitarse concretamente, y ello favorece la seguridad jurídica y posibilita

efectuar una mejor delimitación del ámbito de la tipicidad; con el riesgo aun de no advertir nuevas formas comisivas, dada la rapidez de los avances tecnológicos en esta materia, lo cual puede conducir a lagunas o a imposibilitar el encuadre típico.

Los inconvenientes del sistema de intervención mínima en esta materia, se advierten en el hecho de que se puede perder la perspectiva del bien jurídico tutelado, lo que puede producir inseguridad jurídica y una inexistencia de protección del Estado sobre derechos fundamentales, como la intimidad, privacidad, entre otros.

Estimamos que ambos sistemas no sólo no son incompatibles, sino que se complementan, pudiendo tutelar en todas sus dimensiones el mundo virtual frente a relaciones delictivas que se producen en la red, sancionando las conductas que tienden a destruir o inutilizar el sistema en sí mismo o a lesionar otros bienes jurídicos, como la intimidad o la privacidad personales. En ese sentido, el Código penal español ha adoptado el primero de los sistemas: el legislador fue introduciendo en las diferentes descripciones típicas el nuevo medio comisivo utilizado, es decir, el sistema informático; por lo cual, la delimitación del objeto de tutela no supondría novedad alguna, al estar constituido por alguno de los bienes jurídicos ya conocidos (intimidad, patrimonio, etc.).

En síntesis, considero que el legislador penal debe ser extremadamente cauto en su tarea incriminadora de nuevas figuras

delictivas, pues resulta peligroso que todo cambio social provoque inmediatamente cambios de la legislación penal y, el exceso punitivo puede llegar a acarrear más dificultades de las que pretende resolver. Pero también es cierto, que las sociedades actuales son expresiones de una Sociedad de riesgo; y el Derecho penal no puede permanecer inmóvil ante los cambios sociales y los avances tecnológicos, pues las transformaciones de la comunidad influyen directamente en el Derecho penal por ser parte de aquélla.

4. La cibercriminalidad representa un fenómeno de carácter transnacional y cuya prevención supera ampliamente los límites territoriales de los Estados, y ante dicha situación la actuación aislada e independiente de los diferentes países resulta ineficaz: es fundamental que los ordenamientos jurídicos de cada país tengan la posibilidad y capacidad de evolucionar al ritmo del avance tecnológico, para ofrecer soluciones legales ante las nuevas situaciones que surjan, lo cual debe hacerse de forma armonizada con la actividad de otros Estados y con las pautas y criterios asumidos internacionalmente. Esa fue la génesis de la *Convención de Budapest -Convenio de cibercrimen-*, firmada en Budapest (Hungría), el 23 de noviembre de 2001.

Es fundamental la función de la Política criminal en este campo en concreto, y será la de estudiar y formular un conjunto de medidas

preventivas que trate de evitar la comisión de los crecientes hechos cometidos a través de Internet, determinando aquellas conductas más graves y relevantes que sea merecedora de sanción penal, así como también el examen de las nuevas legislaciones para comprobar su adecuación correcta a esta nueva realidad; pudiendo sugerir y formular, en ese caso, propuestas legislativas para la incorporación de nuevas conductas o modificaciones a la legislación criminal vigente.

También en este ámbito de la cibercriminalidad, el concepto de enemigo, en sentido funcionalista, indica el mayor grado de oposición a la norma jurídica; y el infractor es tratado por el ordenamiento jurídico como un enemigo que desestabiliza, y deja de ofrecer la mínima garantía para que los demás sigan confiando en él como sujeto idóneo con quien entablar un contacto social y una estabilidad normativa. El Derecho penal del enemigo entraña un endurecimiento de las medidas penales acorde al grado de peligro que el delincuente ofrezca frente a la sociedad cuyo ordenamiento no reconoce; y en ese sentido, el grado de peligro que el infractor genera a la sociedad suele ser aún de mayor alcance, dado la dinámica y la expansión incontrolable que implican las conductas cometidas en entornos digitales.

5. Ingresando al específico tema de la presente, la violencia hacia la mujer puede verse manifestada a través de la comisión de diferentes

acciones mediante la utilización de las redes sociales, afectando tanto a mujeres adultas como adolescentes. Estas conductas suelen consistir en: suplantación de identidad en las redes sociales, el control y acoso a través de las mismas, el seguimiento a través de los sistemas de *GPS*, la implantación de archivos espías como *spyware* o *spybubble* en los dispositivos electrónicos de la víctima, el acoso virtual, el apoderamiento de contraseñas de acceso a correos electrónicos o redes sociales para controlar los perfiles y leer mensajes, la creación de perfiles falsos, insultar, vejear, difamar o humillar a través de redes sociales o blogs en los círculos de relaciones de la víctima, publicar, ceder y difundir fotografías o vídeos de carácter íntimo o sexual, amenazar con divulgar en las redes sociales fotos o datos de información íntima de la misma, entre muchas otras. Con frecuencia, aunque no siempre, estos comportamientos se llevan a cabo, cuando la relación sentimental ha finalizado o está a punto de finalizar.

6. Desde la perspectiva de la víctima de los delitos en entornos digitales y, abordado específicamente desde la perspectiva del delito en estudio, existe un cambio de paradigma en el modo de analizar el hecho delictivo y el papel de la víctima y su posible contribución al acto delictual que, hasta entonces, era explicado como un producto unilateral de la decisión de un autor. Sin embargo, la compleja dinámica interpersonal entre víctimas y ofensores requieren un análisis complejo de un posible

reparto de cuotas de responsabilidad, que podría incidir en el resultado final de la imputación.

En el ámbito de la cibercriminalidad, se puede observar, con total claridad, el alcance e impacto de la victimización primaria y secundaria.

En la victimización primaria una persona sufre, directa o indirectamente, los efectos nocivos derivados del delito, sean estos materiales o psíquicos. En ese sentido, la difusión de imágenes captadas con consentimiento de las personas afectadas pero difundidas sin contar con aquel, es un claro ejemplo que se presenta como uno de los fenómenos que se ven facilitados por la propia forma de vida en la sociedad moderna acompañados por la utilización de nuevas tecnologías. Hoy se puede inmortalizar una imagen; resulta simple y fácil difundirla a través de Internet, y en particular, en las redes sociales -*Twiter, Facebook, Instagram*, etc.-. Se trata de una forma nueva de atentar contra un bien jurídico clásico, que es consustancial a las nuevas formas de vida; no sólo menoscabando su intimidad directamente, sino que además, por los efectos y alcance que dicho acto tenga, se atentarán también contra su honor o su integridad moral.

La victimización secundaria abarca los costes personales derivados de la intervención del sistema legal, que paradójicamente, incrementan los padecimientos de la víctima; como revivir el crimen al declarar ante la justicia, el sentimiento de humillación que experimenta cuando la sociedad

argumenta que ella misma provocó con su conducta, el impacto negativo social, laboral, familiar; el rol de los medios de comunicación.

En este tipo de delitos, el período de la victimización secundario suele ser largo y, en ocasiones, los daños causados por la victimización secundaria son superiores a los provocados por el propio proceso de victimización primaria; sumado a que la víctima es consciente, y se angustia por ello, de que la agresión puede volver a repetirse en cualquier momento sin una defensa eficaz que lo evite.

7. Un nuevo espacio para comunicarse, de carácter universal y transnacional y sujeto a cambios y desarrollo constante, genera un aumento de criminalidad; y esta nueva oportunidad criminal coexiste con la tradicional oportunidad física, y si bien ambos tienen en común el análisis de la relación victimario y víctima, se diferenciarán en que las actividades delictivas trascienden las fronteras, permitiendo que el autor se encuentre un lugar en el mundo y la víctima, en otro, y esta modificación de los parámetros espacio/tiempo en los que el crimen se comete, exige un replanteamiento de las tradicionales teorías criminológicas.

En efecto, los estudios criminológicos que abordaron la comprensión del cibercrimen, toman como referencia a la teoría de las actividades cotidianas, conforme a la cual el crimen se produce durante las actividades cotidianas diarias: el ciberagresor, al no existir distancias que actúen como

barreras, incrementa las posibilidades de motivación y el número de objetivos, pues la distancia y el tiempo no dificulta su proceder, reduciendo también, el riesgo que supone cometer un delito tradicional en el espacio físico.

Esta teoría sostiene que no hay agresor si no hay potenciales víctimas. De hecho, un crimen puede ser evitado si la víctima no entrega información de sus bienes jurídicos al agresor, pues desaparece el objetivo concreto sobre el que se dirige consistente en la vulneración de algún o algunos de aquellos bienes (intimidad, patrimonio, honor, libertad sexual, etc.).

En efecto, no depende de factores personales de la víctima, sino sociales: del estilo de vida que se define a partir de las actividades cotidianas, profesionales, de ocio, el grado de exposiciones a lugares y horarios de riesgo, así como de las interacciones con individuos potencialmente delictivos. Cuidado, vigilancia, cautela y responsabilidad por parte de la potencial víctima, resulta fundamental para mitigar y prevenir actos delictivos cometidos en el ciberespacio.

No obstante, considero que quien asiente un acto sexual en un ámbito ajeno a terceras personas tiene una expectativa de confidencialidad y privacidad con relación a la reserva que se vaya adoptar a su respecto; salvo que ambos sujetos concernidos decidan hacerlo público: si ello no ocurre y no hay motivo válido para que sea publicado, dicho acto queda

dentro de la esfera de la intimidad. La expectativa es de confidencialidad, no de publicidad. De ahí su vulneración.

8. La difusión de imágenes íntimas publicadas sin autorización, aunque hayan sido tomadas con la anuencia de la persona afectada, ha comenzado a ser materia de análisis y discusión en los actuales planteamientos político-criminales de numerosos países, decidiendo algunos de ellos incorporarla en sus respectivas legislaciones penales (Estados Unidos, Reino Unido, Nueva Zelanda, Chile, Brasil, Francia, España, etc.).

En España, el caso que detonó el debate público y provocó la necesidad de legislar dicho comportamiento en el año 2014, fue el de *Olvido Hormigos*: Antes de la tipificación expresa de 197.7, se conoció la sentencia del *caso Hormigos*, de 15 de marzo de 2013. La denunciante había protagonizado y grabado con su propio celular un video erótico y lo había enviado a su pareja, quien lo reenvió a una tercera persona que, a su vez, lo reenvió a un correo electrónico. Se archivó la causa por entender que no concurría el delito contra la intimidad, en razón de que esas imágenes no habían sido obtenidas sin el consentimiento de la víctima, sino que, por el contrario, ella fue voluntariamente quien había enviado dichas imágenes.

9. Los problemas jurídicos que genera la difusión o publicación, a través de Internet, o de un dispositivo móvil, de imágenes y/o grabaciones audiovisuales de contenido íntimo -no necesariamente sexual- producido y/o protagonizado por el emisor, surgen cuando la persona que recibe dichos mensajes privados decide compartirlos con terceras personas sin el consentimiento del primer emisor, protagonista y/o productor de material íntimo.

La particularidad de este comportamiento estriba en que quien comparte un aspecto propio de su intimidad con un tercero, lo hace voluntariamente; situándolo en una situación de grave riesgo para sus derechos a la intimidad y a la propia imagen, en razón de que aquellos archivos recibidos por el destinatario elegido por el emisor, podrán ser reenviados o reproducidos indiscriminadamente por el receptor, perdiendo la víctima el control sobre dichas imágenes digitales.

La conducta típica de la publicación o difusión de imágenes íntimas sin el consentimiento del titular de las mismas a cuya privacidad afectan aparece configurada en un tipo penal que podrá realizarse mediante cualquiera de los verbos descriptivos de la acción: difundir, revelar o ceder a terceros.

Tales comportamientos pueden producirse en un ámbito de violencia de género en razón de la violencia psicológica que se produce sobre la víctima con la difusión en Internet de imágenes íntimas y privadas que no

están destinadas a ser publicadas, teniendo ello un respaldo legislativo en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -conocida como Convención de Belem do Pará, aprobada por ley 24.632-.

El sujeto activo tiene en su poder la imagen, independientemente de cómo se elaboró la misma y la obtuvo; y habrá de determinarse si las imágenes o videos fueron grabadas o captadas por el sujeto activo, o si se trata de una *selfie* tomada por la propia víctima junto al autor, o si fueron intercambiadas por cualquier medio tecnológico.

10. El tipo legal se refiere específicamente a imágenes o grabaciones audiovisuales de otra persona, debiendo entender por tales tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista, y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo. El legislador no excluye ninguno de estos supuestos y ciertamente la difusión inconsentida de contenidos, en cualquiera de las formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado.

El objeto material de la figura contempla fotos y videos íntimos, no necesariamente sexuales. La intimidad debe entenderse de manera estricta en relación al núcleo duro de la misma, esto es, debe tratarse sobre una

información relativa a datos sensibles, como puede ser la conducta sexual, ideológica o creencias de una persona.

La eventual imprudencia de la víctima al enviar dicho material, ocasionando la pérdida -voluntaria- del control sobre nuestra propia área de reserva, no exime de brindarle a ese material difundido la apoyatura en el secreto de las comunicaciones implícito al propio proceso comunicativo.

Quien entabla una comunicación está asumiendo las garantías de secreto que la comunicación implica. La persona titular del bien jurídico ha confiado en que el receptor de las imágenes las mantendrá bajo su esfera de poder, en el ámbito de su privacidad, de manera que, si el autor sin autorización del titular del bien jurídico produjo con su accionar su vulneración, entonces deberá ser responsabilizado como autor del delito que estamos analizando, toda vez que el riesgo no permitido fue creado por el propio autor de la divulgación y no por la víctima.

La presencia de consentimiento para la toma de imágenes no puede entenderse extensiva a su publicación. Se puede consentir que se graben o fotografíen esos videos o imágenes en un contexto de intimidad y privacidad, únicamente para ser compartidos entre los allí presentes o con quien originariamente se recibió, para el caso de haber sido captado por la propia víctima y remitido voluntariamente a persona a ella vinculada en virtud de relación íntima. Ello, no permite concluir que la anuencia abarca también la ulterior publicación del objeto.

La expresión legal “fuera del alcance de la mirada de terceros” refiere a todo lugar cerrado, que puede ser un local comercial no abierto al público, o también un lugar al aire libre, debiendo acreditarse que reúna las suficientes garantías de privacidad de manera que pueda asegurarse que las grabaciones o imágenes captadas lo fueron en un contexto de estricta intimidad y sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas. El concepto de terceros se debe entender como aquellas personas ajenas al círculo íntimo en el que se han obtenido las imágenes, cuya difusión ha de menoscabar gravemente la intimidad de la víctima. La gravedad será determinada por el juez quien, en virtud de tratarse de una cláusula abierta e indeterminada, podrá decidir sobre el sentido y alcance ofensivo de la manifestación típica de conducta en estudio.

11. La Constitución española en el año 1978 incluyó el derecho a la intimidad en su artículo 18.1., que garantiza el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia o contenido de aquello que desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que garantiza este artículo es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan que somos o que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los

lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena.

El derecho a la intimidad está reconocido también en documentos internacionales: la Declaración Universal de 1948 (Art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Art. 17. 1) y la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales de 1950 (Artículo 8.1).

Dentro de la intimidad personal se encuentra comprendida, sin lugar a dudas, la vida sexual de la persona, tanto en su dimensión estrictamente física o corporal, como en su dimensión psicológica o sentimental. En consecuencia, difundir imágenes de contenido sexual de una persona sin su consentimiento implica una injerencia en el derecho a la su intimidad; pues expone públicamente aspectos de su vida que deberían quedar fuera del alcance y curiosidad de terceros.

El derecho a la propia imagen se configurar desde dos vertientes: una positiva, consistente en la libertad de una persona sobre su imagen y su voz, lo que le otorga la facultad de configurar las mismas según sus preferencias, y otra negativa, consistente en el derecho a impedir la reproducción, obtención o publicación de dicha imagen sin autorización del titular. En ese sentido, existe una corriente que considera que la difusión no consentida del material digital vulneraría el derecho a la propia imagen que garantiza a la persona el control sobre la utilización pública, otorgándole el

derecho a decidir quién y cuándo puede hacer uso de los mismos. En la medida en que la persona que difunde el material ajeno sin permiso dispone de la imagen de un tercero sin contar con su consentimiento. Sin embargo, la mayor parte de los autores que han estudiado el tema, no reconocen a la imagen como un bien jurídico penal autónomo frente a la privacidad-intimidad; pues el derecho a la imagen se encuentra abarcado en la expresión amplia de intimidad constituyendo un aspecto del mismo. En ese sentido, cuando imágenes captadas y posteriormente difundidas sin consentimiento produzcan daño e invadan la privacidad, se afectará la intimidad, privacidad y eventualmente el honor. La captación o la reproducción neutral de la imagen, sin implicaciones sobre la intimidad o el honor, no exigirá protección penal, siendo suficiente con la protección civil que otorga la ley 1/1982. Es muy importante diferenciar ambas situaciones, pues la primera ingresa al ámbito penal, y la segunda gozará de protección civil; advirtiendo que el asiduo uso de las redes sociales convierte en frecuente la constante disposición y publicación de imágenes de terceros, sin su consentimiento.

En consecuencia, la protección penal del art.197 debe darse cuando dicha captación y /o reproducción haya tenido lugar en un contexto claro de privacidad, y en caso de que exista una concreta lesión a la intimidad. Este sería entonces el criterio para distinguir entre la lesión de la imagen de

carácter civil de aquella otra que comporta una afección a la intimidad o el honor, que sería protegida penalmente.

12. El reproche normativo de la responsabilidad subjetiva que se impondrá al autor por haber cometido un accionar típico y antijurídico será graduado en función de la gravedad del injusto típico y la presencia de dolo o culpa en su comisión. Es un delito punible en su modalidad dolosa. Será imputable quien tiene la idoneidad para responder por la realización del injusto típico, siempre que pueda comprender el sentido de la norma y autodeterminarse conforme al mismo.

El ordenamiento penal tiene en cuenta para la imputabilidad, el nivel de desarrollo de personalidad que fija en la mayoría de edad (18 años) y, por debajo del cual (de 14 a 18 años) el sujeto es considerado inimputable. Exige también la normalidad del funcionamiento de las facultades psíquicas, quedando excluida la capacidad de culpabilidad en los casos de su ausencia en el momento del acto por cualquier causa, ya sea patología o alteración psíquica, o déficit de conciencia de la realidad.

Quien difunde o publica imágenes o videos íntimos de una persona sin su consentimiento, tuvo la autodeterminación libre para actuar de esa forma, habiendo tenido la posibilidad de actuar de otro modo y de motivarse en el sentido de la norma pues se encontraba obligado a su observancia, razón por la cual será culpable.

13. La acción, tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad y culpabilidad requieren además, para la existencia del delito, la concurrencia de la punibilidad, que determina el merecimiento de pena del injusto típico y culpable realizado por el sujeto.

Es cierto que el Derecho penal no solucionan todos los problemas y sus herramientas suelen ser ineficientes para afrontar los conflictos sociales de mayor gravedad de índole criminal. Pero cuando el interés que se pretende tutelar es lo suficientemente relevante y su protección real y efectiva no puede lograrse por otras vías menos estigmatizantes, la única opción disponible es la vía punitiva. En ese sentido, en los Estados Unidos, más de veinte Estados han adoptado una legislación específica en materia de *sexting*.

Si bien esta nueva modalidad entre jóvenes denominada *sexting* consiste en la publicación y difusión de imágenes o videos en las que son protagonistas los menores de edad realizando actividades eróticas y/o sexuales, lo cierto es que dicho comportamiento no puede dejar de relacionarse con la conducta prohibida de distribución de pornografía infantil; razón por la cual varios Estados han adoptado un temperamento específico con respecto a los autores menores de edad que la realizan. El juez determinará si somete al menor, que ha producido, distribuido o que posee material pornográfico infantil, a un programa educativo o a un

tratamiento psicológico específico. Las posturas contrarias sostienen que la producción consensuada de material pornográfico infantil por parte de los mismos menores, no puede ser equiparada en sentido estricto a una forma de explotación sexual, pues es realizada de manera libre y sin ningún fin de provecho. Es por ello, que se trataría de una legítima violación de su libertad de autodeterminación en el ámbito sexual, no comprendiendo el daño psicológico causado a los jóvenes, pues ellos mismos consienten fotografiarse entre ellos, y el material -pornográfico- se habría producido para uso exclusivamente privado e íntimo.

Se trata de un delito únicamente perseguible a instancia del agraviado o de su representante legal, tal como lo establece el artículo 201 del Código penal, por lo que únicamente podría denunciar el hecho quien no habiendo autorizado la distribución se hubiera perjudicado por la misma.

14. Si el autor recibe las fotografías y videos íntimos que fueron tomados con anuencia de la víctima, y se limita a observar, guardar y decidir con quién podría compartirlas, pero no lo lleva a cabo, aquellos actos conforman tan solo actos preparatorios impunes referidos a una conducta que posteriormente el sujeto ejecutará sólo cuando proceda efectivamente a la difusión.

Los actos ejecutivos de la acción delictiva comprenden la consumación y la tentativa, es decir, la plena realización objetiva y subjetiva del delito con causación del resultado típico de lesión del bien jurídico -el autor recibe el material íntimo y lo difunde inmediatamente a sus contactos- y la ejecución del delito sin producción del resultado típico por causa independiente de la voluntad del sujeto -el autor recibe el material íntimo y, al momento que se dispone a efectuar la difusión, un corte de luz generalizado afecta gravemente la zona de su residencia, razón por la cual, por circunstancias ajenas a su voluntad, no logra consumir el hecho tal como tenía decidido hacer-.

15. Será autor en el caso en estudio quien, habiendo captado personalmente o recibido imágenes o videos íntimos, pertenecientes a una persona que consintió su producción, posteriormente las ceda, difunda o publique por cualquier medio electrónico, sin la anuencia de la afectada.

Habría coautoría cuando dos o más personas comparten el dominio del hecho y obtienen las imágenes que, posteriormente, y sin autorización de la persona afectada, distribuyen, ceden o publican a través de los medios de comunicación e información. Ambos captan las imágenes y ambos las comparten con un número indeterminado de personas.

Será partícipe o cómplice necesario quien, sin haber intervenido en la obtención o captación de imágenes, y antes de iniciar la transmisión,

cooperan con los autores en la divulgación o sesión de los contenidos a otras personas.

Deberá plantearse si el responsable criminal de esta conducta sería sólo quien, habiendo obtenido directamente la imagen íntima la difunde sin contar con la autorización de la víctima, o también, todos aquellos que habiendo recibido dicha imagen o grabación como consecuencia del primer envío, o de una sucesión de ellos, las distribuyen a su vez a otras personas.

En ese sentido, el tipo penal en estudio se ha configurado como un delito especial propio del que únicamente sería autor quien, habiendo obtenido con la anuencia de la víctima la imagen o grabación comprometida, inicia, sin autorización del afectado, la cadena de difusión, cediendo o distribuyendo dichos contenidos íntimos a otros, ajenos inicialmente, a esa relación con la víctima y a la obtención de la imagen o grabación comprometida. Sin perjuicio de ello, la actuación de aquellas terceras personas que no han intervenido en la acción inicial antes descrita, reciben, en un momento posterior, los contenidos aludidos y los transmiten y publican a otros, generan que esas conductas se reiteren indefinidamente por una pluralidad de personas en razón de las posibilidades que ofrece la tecnología.

Es importante distinguir entre quien tiene la imagen originariamente y la publica de quien, con posterioridad a recibirla por parte de primero, luego la difunde. Lo expuesto es importante a los efectos de dirimir la

responsabilidad de los autores y los eventuales grados de participación en la difusión o la eximición de culpabilidad. Los terceros que reciben el material con posterioridad, es probable que no conozcan directamente a la víctima y que su difusión se deba a otras cuestiones, por lo que deviene prudente la inclusión de una limitación autoral.

16. La presente figura típica puede concursar con las injurias como atentados contra el honor, el delito de trato degradante como atentado grave contra la integridad moral, y con el delito de lesiones psíquicas.

El art.197.7 del Código penal agrava la pena en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. La publicación de imágenes sexuales sin el consentimiento de la víctima, puede darse en un contexto de violencia sistemática, constituyendo un acontecimiento más en un ámbito de violencia constante del hombre hacia la mujer en su relación de pareja (hostigamientos, amenazas, golpes, persecuciones, destrato en público, control de mensajes telefónicos, acceso al celular sin permiso, publicación de imágenes íntimas sin anuencia, etc.).

Lo expuesto constituye un cuadro de violencia -moral- que, sostenida en el tiempo, genera trastornos y efectos patógenos y duraderos en la psiquis de la víctima. Cuando se trata de menores de edad, pueden darse

diferentes escenarios: 1) que el autor sea mayor de edad y la víctima menor de edad; 2) que ambos sean menores, siendo esta última la frecuente modalidad que hoy podemos observar en el *modus operandi* de esta conducta entre adolescentes y jóvenes.

Si bien la legislación española hace referencia al primer apartado, no podemos dejar de plasmar la preocupante modalidad que comúnmente observamos de los jóvenes que, con total naturalidad, captan entre sí fotografías o videos -generalmente de contenido sexual o alto grado de erotismo- íntimos, y lo difunden y comparten con amigos o conocidos; sin advertir las consecuencias de su desinteresado accionar -*sexting*-.

No es la idea prohibir la práctica del *sexting*, pero sí su difusión no consentida por menor afectado. Se lesiona la intimidad del menor o de la persona con discapacidad, pero también su integridad y libre desarrollo de la sexualidad si se tratara de material sexual o erótico, y en ese caso habría que evaluar la posibilidad de que el autor cometa, con dicha difusión, otro delito más grave, como lo es la distribución, facilitación o tenencia de pornografía infantil. Estos materiales pueden llegar a manos de sujetos malintencionados -pedófilos, depredadores sexuales, *groomers*, etc.- con el riesgo de que se puedan utilizar también para embaucar a jóvenes víctimas con fines sexuales (*child grooming*), para chantajearlas (*sextorsion*) o para someterlas a otras formas de acoso (*bullying*). El contenido de las fotografías o videos de carácter íntimo, frecuentemente constituido por

imágenes que son sexualmente sugestivas tanto de desnudos como semidesnudos, lo cual otorga una amplia popularidad por la apreciación de la sensualidad, la diversión y la excitación que genera; tiene un importante arraigo entre los jóvenes, ya que no son conscientes de los peligros que puede acarrear esta actuación.

En el ordenamiento jurídico español, la edad para el consentimiento sexual entre niños y jóvenes se sitúa en los 16 años. Así lo señala el artículo 183 del Código penal: “El consentimiento libre del menor de 16 años excluirá responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo y madurez”. Los riesgos a los que se exponen los adolescentes y jóvenes en este ámbito de comportamiento típico son de toda índole: de carácter psicológico, legal, de integridad física. Un sector de la doctrina considera que cuando el material sexual es difundido por un menor de edad, dicha conducta no puede ser equiparada a la pornografía infantil, puesto que en la libre producción del material de contenido sexual por parte de menores no hay ninguna forma de explotación o de abuso sexual. Particularmente, en el *sexting* consensuado no sería posible apreciar una mercantilización del menor, a diferencia de lo que ocurre en la producción de pornografía infantil por parte de adultos. Las severas medidas adoptadas para proteger a los menores frente a cualquier forma de agresión en su esfera sexual y psicofísica acaban por castigar conductas que

n deberían entrar en el terreno penal. Piénsese, por ejemplo, en una pareja de novios de 17 años que, de manera consensuada, intercambian *selfies* de contenido erótico. La posibilidad de subsumir estos hechos en la normativa penal de distribución de pornografía infantil expone a los menores a las consecuencias negativas de una investigación y una imputación penal, además de una eventual condena, produciéndoles graves daños.

Un sector de la doctrina estima que el *sexting* representa una legítima manifestación de la libertad de expresión de los menores, que de manera natural y comprensible, debido a su inmadurez psicológica, suelen descubrir y vivir de esa manera su sexualidad.

En efecto, el art. 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, que constituye el instrumento internacional más importante en la protección de los derechos fundamentales de los menores, reconoce que cada niño tiene derecho a la libertad de expresión; como lo serían sus manifestaciones consensuadas y libres. Este derecho constitucional sería incompatible con decisiones de política criminal adoptadas por legisladores nacionales, de castigar cualquier forma de producción, cesión o posesión de material pornográfico infantil también cuando sea llevado a cabo por menores de edad.

Sin embargo, si bien deben preponderarse los derechos de los niños/as, también significa respetar sus derechos protegerlos de los riesgos que representa la difusión de imágenes y videos de contenido íntimo, a

causa de la práctica del *sexting*. Lo cierto es que, los pedófilos tienen al alcance de su mano, gracias a este factor facilitador como es la publicación incontrolada de imágenes y videos de menores de contenido íntimo en la red, material altamente valioso para sus fines. Cualquier persona, mayor o menor de edad, cuya imagen o video erótico es distribuido sin control, puede verse humillada y acosada, y sufrir graves trastornos a causa de ello. Es verdad que la criminalización a los menores que realice este tipo de conductas como estrategia de política criminal no sería lo más conveniente para evitar conductas de estas características en un futuro; pero deviene fundamental la adopción de políticas públicas serias de concientización y reeducación a los niños/as y jóvenes, como una manera de defender y preponderar sus derechos fundamentales.

En consecuencia, es necesario crear mecanismos y/o instrumentos adecuados para prevenir con eficacia y proporcionalidad conductas que, en caso de extenderse, ayudaría a que el mercado de imágenes de pornografía infantil crezca.

BIBLIOGRAFIA

ABOSO, Gustavo Eduardo, *Derecho penal cibernético. La ciber-criminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, B de F, Bs. As., 2017.

ACEDO PENCO, Ángel y PLATERO ALCÓN, Alejandro, *La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales. Referencia especial al Régimen normativo y europeo y español*, Revista Chilena de Derecho y Tecnología, ISSN 0719-2584, vol. 5, n° 2016.

ACALE SÁNCHEZ, María, *Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal*, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

ACALE SÁNCHEZ, María, *Derecho penal, imagen e intimidación: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª. Época, n° 10, julio 2013.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización*, Cuadernos de Política Criminal, n° 114, III, Época II, 2014, ISSN: 0210-4059.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, *Menores infractores o víctimas de pornografía infantil. Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting*, Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, ISSN 1695-0194, Catalunya, 2010.

ALMANSA, A., FONSECA, O., CASTILLO, A., *Redes sociales y jóvenes. Uso de Facebook en la juventud colombiana y española*, Revista científica en Comunicación, XX 40.

ALVAREZ VIZCAYA, Maite, *Consideraciones político-criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Internet y Derecho penal, 2001.

ALLFELD, Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 1934.

ALTMARK, Daniel R.- MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Tratado de Derecho informático*, La Ley, Buenos Aires, 2012, T. III.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

BERGELSON, Vera, *Victims Rights and Victims, Wrongs*. Comparative Liability in Criminal Law, Stanford University Press.

BRENNAN, George, *Youths Called to Sexting Hearing*, feb.13/2009. <http://www.capecodonline.com/apps/pbcs/articleAID=/20090213/news/902130335>

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Violencia de género en la era digital*, Ed. Astrea, Bs. As., Argentina, 2016.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, vol. 1, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

CEREZO MIR, José, *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal de riesgo*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 10.

CHRISTIE, Nils, *The ideal victim*, en From Crime Policy to Victim Policy, Nueva York, 1986.

COHEN, L.E. y FELSON, M., *Social change and crime rate trends: a routine activity approach*, en ASR, vol.44, Agosto 1979.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos contra las personas: Violencia doméstica y de género*, en CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG / GOMEZ MARTÍN (coord.), *Nuevas tendencias en Política criminal*, Reus, B de F, Madrid - Bs. As.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de delitos penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización*, RCSP, www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/133118/18309

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al espacio ámbito temporal de comisión de los hechos*, Eguzkilore, 21, 2007.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

DASKAL, Jennifer, *Microsoft Ireland, the Cloud Act, and International Lawmaking 2.0*. Publicado en Stanford Law Review, Volumen 71. Mayo, 2018.

DELGADO CARRILLO, Cynthia, *Nuevas tecnologías y atentados contra la intimidad o indemnidad sexual: el sexting y figuras afines*. Tutor: Prof. Dr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, Universidad La Laguna, Tenerife, 2016.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis, *De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, RECPC, 7/1/2005, en CANCIO MELIÁ / GÓMEZ-JARA DIEZ (coord.). *Derecho penal del enemigo*, vol. I.

DONEDA, Danilo / MONTEIRO, Marilia, *O sistema brasileiro de privacidade e proteção de dados no Marco civil da Internet*, Revista latinoamericana de protección de datos, Año I, número I, 2015.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte general*, t. II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2008.

DROUIN, M., ROSS, J., TOBIN, E., *Sexting: a new digital vehicle for intimate partner aggression*. *Computers in Human Behavior*, 50:197-204. Disponible <https://goo.gl/nlcjgq>

DUPUY, Daniela, KIEFER Mariana, *Ciberdelitos*, II, *Nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al Derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación Internacional y Victimología*. Dir. DUPUY, Daniela, Ed. B de F, Buenos Aires, Octubre 2018.

DUPUY, Daniela, KIEFER, Mariana, *Sistema penal e informático, ciberdelitos. Evidencia digital*. Tics, dir. Riquert, Marcelo A., coord. Sueiro, Christian, Hammurabi, Buenos Aires, 2018.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, en Antonio FAYOS GARDÓ, *Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en Internet y las redes sociales*, en *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson S.L., Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ DELGADO, Leopoldo O., *El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de Reforma de Código penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos*, Revista de Derecho y Proceso Penal, ISSN 1575-4022, número 35, 2014.

FERNÁNDEZ PALMA, Rosa, *El delito de injurias*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho penal mínimo*, en “Poder y Control”, N° 0, 1986.

FRANKS, Mary Anne, *Drafting an Effective Revenge Porn Law: A Guide to Policymakers in End Reveng Porn*, 17/6/2015. Disponible en la siguiente dirección: <http://www.endrevengeporn.org/guide-to-legislation/>

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Tirant Lo Blanch, 7ª edición corregida y aumentada, Valencia.

GILLESPIE, A.A., *Adolescents, Sexting and Human Rights*, en Human Rights, L. Rev., vol. 13, nº 4, 2013.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Los nuevos gestores de la moral colectiva*, en El Mundo, Madrid, sábado 10 de julio de 2004, Tribuna.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *La acción legislativa para erradicar la violencia de género en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La constitucionalidad de la ley orgánica 1/2004*, en CARBONELL MATEU, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

Guía sobre adolescencia y sexting ¿Qué es y cómo prevenirlo?, Observatorio de la Seguridad de la Información, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, Madrid, 2011.

GUISASOLA LERMA, Cristina, en Antonio FALLOS GARDÓ (coord.), *Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica. El caso particular del sexting*, en *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson S.L., Madrid, 2014.

HASSEMER, Winfried, *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*, trad. de Elena LARRAURI, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fasc. 1, 1992, pp. 235 y ss.

HERRERA MORENO, Myriam, *Humanización social y luz victimológica*, Eguzkilore, nº 26, San Sebastián, 2012.

HERRERA MORENO, Myriam, *La discriminación de la mujer por razón de género*, Ed. Reus, Madrid, 2006.

HERRERA MORENO, Myriam, *¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº 12, 2014.

HERRERA MORENO, Myriam, *Victimización: Aspectos generales*, en BACA BALDOMERO, Enrique, *Manual de Victimología*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

HERZBERG, Rolf Dietrich, *Reflexiones acerca del concepto jurídico penal de acción y de la negación del delito pretípica*, trad. de Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

HILLMAN, H., HOOPER, C., RAYMOND, K., *Online child exploitation: Challenges and future research directions*. Computers Law and Security review, 20, 687-698. Disponible en <https://goo.gl/GcKmog>.

HOLSTEIN, James A., MILLER, Gale, *Rethinking victimization: An interactional approach to Victimology*, en Symbolic Interaction, 1990, vol. 13, nº 1.

IANELLO, Romina, VELTANI Darío, *La pornovenganza en el Derecho penal argentino*, en *Cibercrimen II*, Dir. DUPUY, Daniela, KIEFER, Mariana, B de F, Buenos Aires, 2018.

Internet en México, *Derechos humanos en el entorno digital*. Editorial de derechos digitales, México 2016, coordinación: Gisela Pérez de Acha. <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

IRVINE, Martha, *Porn Charges for Sexting*, feb.4/2009. <http://www.msnbc.msn.com/id/29017808>

JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., 2ª edición, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico-penal de acción*, en *Fundamentos del Derecho penal*, traducido por CANCIO MELIÁ, Manuel, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal, expectativas normativas, intervención delictiva, derecho penal del enemigo*, Edición de Miguel POLAINO-ORTS, Edit. Servi-Copy, Sevilla, 2014.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Ed. De Gruyter, 1991.

JAISHANKAR, K., *Sexting: a new form of victimless crime*, International Journal of Cyber Criminology, vol. 3, junio 2009.

JAREÑO LEAL, Ángeles, *Intimidación e imagen: los límites de la protección penal*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, traducción española de la 4ª edición de Miguel OLMEDO CARDENETE, Editorial Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Editorial Losada, Buenos Aires, t. III, 1965.

JIMÉNEZ MARTIN, Jorge, *Los delitos informáticos en el ámbito de la violencia de género: algunas reflexiones*. Publicado en *Cibercrimen. Aspectos de Derecho penal y procesal penal, Cooperación Internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de IPS*, Dir. DUPUY, Daniela, Editorial B de F, Bs. As., 2016.

KERR, Orin, *Computer Crime Law. Fourth Edition*, American Casebook Series. West Academic Publishing, 2018, p. 681, y DAVIS, Frederick T., *A U.S. Prosecutor's Access to Data Stored Abroad – Are There Limits?*, pp. 4 s. Publicado en *The International Lawyer*. A triannual publication of the Aba/Section of International Law. Volumen 41. Número 1. Verano 2015. Disponible en: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/international_law/til_49-1_cpy.authcheckdam.pdf. Visitado por última vez el 26 de agosto de 2018.

KERR, Orin, *Computer Crime Law. Summer 2018 Case Supplement*, ed. West.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010.

LEARY, M.G, *Sexting or self-produced Child Pornography? The dialog Continues- structured prosecutorial discretion within a multidisciplinary response*, Virginia J. Social Policy & the L., vol. 17, nº 3, 2010.

LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., 1932.

LIVINGSTON, Debra y Otros, *Criminal Procedure. Investigation and right to Counsel*, tercera edición, Editorial Wolters Kluwer.

LLORIA GARCÍA, Paz, *Delitos y redes sociales: Los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al sexting*, La Ley, número 105, 2013.

Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal, Parte general I*, Universitas, Madrid, 1996.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, Edisofer S.L. Libros jurídicos, Madrid, 2001.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas, intimidad y nuevas tecnologías*, en Revista Penal 2006/4.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La difusión del sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, Derecom, diciembre-febrero, 2013.

MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Karl-Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

MAYER, Max Ernst, *Der Causalzusammenhang Handlung und Erfolg im Strafrecht*, 1899.

McLOUGHLIN, J., *Crime and punishment: Teen Sexting in Context*. Disponible en http://works.bepress.com/julia_mcloughlin/1

MENDO ESTRELLA, Alvaro, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: Acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, ISSN 1695-0194, RECPC 18-16, 2016.

MENDELSON, Benjamin, *The Victimology*, en Etudes Internationales the Psycho-Sociologie Criminelle I, 1956.

MEREDITH, Valerie M., *Victim identity and respectfor human dignity: a terminological analysis*, en International Review of the Red Cross, 2009, vol. 91, núm. 874.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 5ª edición, Barcelona, 1998.

MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y Criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.

MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Cibercrimen. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*, Dir. DUPUY, Daniela, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, *Aspectos jurídico-privados de la tecnología web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad. La protección jurídica de la intimidad*, Dirección: Javier BOIX REIG, Coordinación: Ángeles JAREÑO LEAL, Iustel, Madrid, 2010.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003.

MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Ed. Aranzandi, Pamplona, 1999.

MULLIGAN, Stephen P., *Cross-Border Data Sharing Under the Cloud Act*, CRS report prepared for Members and Committees of Congress, 23 de abril de 2018.

MÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *La violencia doméstica en la legislación española, especial referencia al delito de maltrato habitual (art.173.2 del Código penal)*, Revista de Estudios de la Justicia, nº 12.

Observatorio INTECO y Orange, *Estudio sobre seguridad y privacidad el uso de los servicios móviles por los menores españoles*, 2010. Disponible en: http://inteco.es/seguridad/observatorio/estudios_e_informes

Observatorio INTECO, *Estudios sobre hábitos seguros en el uso de las Tics por niños y adolescentes y la confianza de sus padres*, 2009. Disponible en: http://inteco.es/seguridad/observatorio/estudios_e_informes

OLMEDO CARDENETE, Miguel, *Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género*, V/lex-70133671, 2016.

ORTIZ DE URBINA, Gimeno, *Old wine in New wineskins?*, Appraising Professor Bergelson's Plea for Comparative Criminal Liability. Pace Law Review 28, 2008, 815-45.

PALAZZI, Pablo, *Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Bs. As., Argentina, 2 de marzo de 2016.

PALAZZI, PABLO, *El delito de difusión no autorizada de imágenes íntimas*, en *Cibercrimen*, Dir.: DUPUY, Daniela, Ed. B de F, Argentina, 2016.

PALAZZI, Pablo A., *Los delitos informáticos en el Código penal*, 2ª. edic., Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 2012.

PALAZZI, Pablo A., *Los delitos informáticos en el Código penal, Análisis de la ley 26.388*, 3ª. edic., Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 2016.

PICA, Giorgio, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Utet, Torino, 1999.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo*, en JAKOBS, GÜNTHER / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores editor, México, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *La Ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces, y sombras*, en Juan BURGOS LADRÓN DE GUEVARA (coord.), *La violencia de género: aspectos penales y procesales*, Universidad de Sevilla, Editorial Comares, Granada, 2007.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2017.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, 2ª edición corregida y actualizada, Editorial Tecnos, Madrid, 2016.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

POLAINO-ORTS, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores editor, México, 2008.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, t. I, México D.F., Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, 2014.

POLAINO-ORTS, Miguel (en colaboración con POLAINO NAVARRETE, Miguel), *Intervención delictiva. Una exposición programática con casos fundamentales*, en Jorge Eduardo BUOMPADRE (Director), *Temas fundamentales de Dogmática penal y de Política criminal. Homenaje a los Profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete*, Con•Texto, Resistencia, Chaco, República Argentina, 2013, pp. 189 ss.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*. Prólogo de Günther Jakobs, Azángaro, Universidad de Huánuco, Editorial Grijley, 2009.

POLAINO-ORTS, MIGUEL, *¿Qué papel juega la norma jurídico-penal para el funcionalismo normativo?*, en BUOMPADRE, Jorge (Dir.), *El Derecho Penal y Procesal penal frente a los retos del tercer milenio*, n° 13, Editorial Con•Texto, Resistencia, Chaco, Argentina, 2015.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Sobre el injusto de la violación en la pareja*, en Cuadernos de Política Criminal, N° 87, Madrid, 2005.

PORTILLO, Victor Hugo, *Sistema penal e informático, cibercrimitos, evidencia digital, Tics*. Dir. Riquert, Marcelo, coord. Sueiro, Carlos Christian, Hammurabi, Buenos Aires, 2018.

ROMERO CASABONA, Carlos, *La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet*, en VVAA, *Derecho y conocimiento*, 2002/2.

ROMEO CASABONA, Carlos M^a., *Poder informático y seguridad jurídica*, 1987.

ROMEO CASABONA, Carlos M^a., *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías*, Poder Judicial, 2^a época, n° 31.

Roxin, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, *Fundamentos, la estructura de la Teoría del delito*, 2^a edición, Madrid, Thomson Civitas, 2003.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología y Estudio de la Víctima*, Ed. Porrúa, México, 1980.

SALT, Marcos, *La relación entre la persecución de delitos informáticos y el Derecho penal internacional*, en *Informática y delito*, Editorial Infojus, Bs. As., 2014.

Salt, Marcos, *Nuevos desafíos de la evidencia digital: acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos*, AD-HOC, Buenos Aires, 2017.

SALVADORI, Ivan, *La controvertida relevancia penal del sexting en el Derecho italiano y comparado*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, 2017.

SHAFER, Stefen, *The Victim and his Criminal. A study in functional responsibility*, New York, 1968.

SCHNEIDER, Hans Joachim, *Kriminologie*, De Gruyter, Berlin-Nueva York, 1987.

SIEGEL, Larry J., *Criminology*, 5^a ed., Cengage Learning, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre victimodogmática*, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al Prof. Antonio Beristain*, 1989.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades post industriales*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

STROHMAYER, H., MURPHY, M., DE MATEO, D., *Youth sexting: Prevalence Rates, driving motivations, and the Deterrent effects of Legal Consequences*, Sex. Res. Soc Policy, II.

STROBL, Rainer, *Constructing the victim, theoretical reflections and empirical examples*, International Review of Victimology, 2004, vol. 11, nº 2-3.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La victimología. Cuestiones conceptuales y metodológicas* en *Manual de Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

TIRADO MÁRQUEZ, Rafael, *Violencia de género: Regulación legal actual. Violencia psicológica. Valoración de la prueba. Propuestas de futuro*, Ponencia presentada en el Curso de “Experto Universitario en Victimología” (Director: Miguel Polaino Navarrete), Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Universidad de Sevilla, 29 de abril de 2005.

TITTLE, Charles R., *Los desarrollos teóricos de la Criminología*, traducción de Magdalena Candiotti, Justicia Penal Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000, Granada, 2006.

TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales*, Revista española de Derecho europeo, 43: 25-184.

TOURIÑO, Alejandro, *El derecho al olvido y la intimidad en Internet*, Editorial Catarata, Madrid, 2014.

VARGAS DE BREA, P., *La regulación de la pornografía no consentida. Libertad de Expresión e Internet*, CELE, Bs. As.

VILLACAMPA ESTIRIARTE, Carolina, ALONSO RIMO, Alberto, *La víctima en el sistema de justicia penal*, II, en *Manual de Victimología*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

VIZCAYA ÁLVAREZ, Maite, *Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red*. Internet y Derecho penal, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001.

VON KRIES, Johannes, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, II, 1886

VON LISZT, Franz, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 1881.

WATTS, Duncan, *Six Degrees. The science of a connected age*, Vintage Books, Amor, London, 2003.

ZHANG, Xiaolu, *Charging children with child pornography- Using the legal system to handle the problem of Sexting*, Computer Law&Security Review, volume 26, Issue 3.
